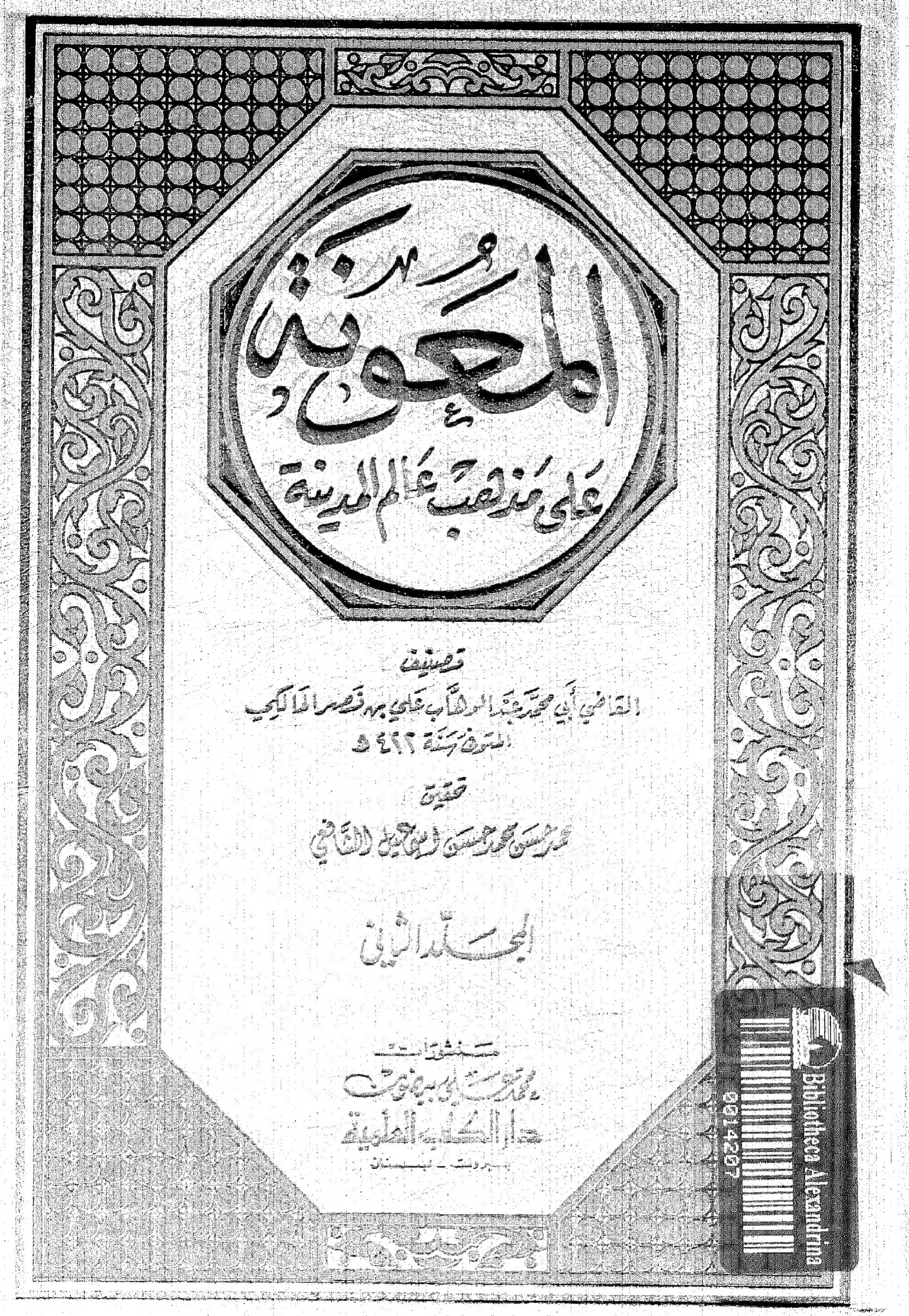

المعونة
على مذهب عالم المدينة
تصنيف
القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي
المتوفى سنة ٤٢٢ هـ
تحقيق
محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي
المجلد الثاني
منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان
Bibliotheca Alexandrina
0014207



على مذهب عالم المدينة

أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجرة

تصنيف

القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي

المتوفى سنة ٤٢٢ هـ

تحقيق

محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي

الجزء الثاني

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٨هـ - ١٩٩٨م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon
Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar al-Kotob al-Ilmiyah - Publishing House
P.o.box : 11-9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-0015-7

EAN 9782745100153

No 00016



بسم الله الرحمن الرحيم

١٤
كتاب البيوع [١]

الربا[٢] فى المبيعات يكون من وجهين وهما التفاضل[٣] والنساء[٤].

فأما التفاضل فالذى ورد النص به وانعقد الإجماع عليه: هو فى الجنس الواحد من الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح والأصل فيه قوله ﷺ: «الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما»[٥]، وقوله: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين»، وقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض»[٦]، وقال ابن عمر: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا ﷺ إلينا وعهدنا إليكم[٧]، وما روى عن ابن عباس فى ذلك فقد ثبت رجوعه عنه[٨].

---

(١) البيع فى اللغة: مصدر بعت، يقال: باع يبيع بمعنى ملك وبمعنى اشترى، وكذلك شرى يكون للمعنيين وحكى الزجاج وغيره: باع وأباع بمعنى واحد وقال غير واحد من الفقهاء: واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء. المطلع (ص/٢٢٧).

وفى الاصطلاح: (هو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة) شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٢٦).

(٢) هو الزيادة والنماء. القاموس المحيط (٤/ ٣٣٢).

(٣) أى: الزيادة وهى ضد النقص. القاموس المحيط (٤/ ٣٣١).

(٤) التأجيل أى: التاخير. القاموس المحيط (١/ ٣٠).

(٥) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢١٢) ح (١٥٨٨/٨٥) والنسائى: البيوع (٧/ ٢٤٤) (باب بيع الدينار بالدينار)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٦٠) ح (٢٢٦١).

(٦) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢٠٩) ح (١٥٨٥/٧٨)، ومالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٣٣) ح (٣٢).

(٧) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٤٤) ح (٢١٧٧) ومسلم: المساقاة (٣/ ١٢٠٨) ح (١٥٨٤/٧٥).

(٨) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٣٣) ح (٣١)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٥٩) ح (١٠٤٩٢).

فصل

وموضوع كل جنس من ذلك لا يجوز بيعه بشيء من جنسه إلا مثلاً بمثل خلافًا لمن أجاز أن يستفضل بينهما قيمة الصياغة[(١)] للظواهر التى ذكرناها وروى فى هذا: أن صائغًا سأل ابن عمر فقال: أصوغ الذهب ثم أبيعه بأكثر من وزنه واستفضل فيه قدر عمل يدى، فنهاه ابن عمر عن ذلك، وقال: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، هذا عهد نبينا ﷺ إلينا وعهدنا إليكم[(٢)]، ونحو هذا ما جرى بين أبى الدرداء ومعاوية فى سقاية الذهب أو الورق[(٣)]، وكتاب عمر رضى الله عنه إلى معاوية رحمه الله: لا تبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزنًا بوزن[(٤)]، ولأنه ذهب بذهب فأشبه المضروب والمصوغ بالمصوغ.

فصل

وأما الأربعة المسميات فالأصل فيه حديث عبادة وغيره أنه ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عينًا بعين يدًا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»[(٥)]، [ولا خلاف[(٦)] فى تحريم التفاضل فى الجنس من هذه المسميات][(٧)]، وفى طريق آخر: «البر بالبر مدًا بمد والشعير بالشعير مدًا بمد والملح بالملح مدًا بمد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»[(٨)]، ولا خلاف فى تحريم التفاضل فى الجنس من هذه المسميات[(٩)].

---

(١) أجازه بعض الحنابلة. انظر المغنى (٤/ ١٢٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٣٤) ح (٣٣)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٦٠) ح (١٠٤٩٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢١٠) ح (٨٠/ ١٥٨٧) وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٥) ح (٣٣٤٩) والترمذى: البيوع (٣/ ٥٣٢) ح (١٢٤٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٤١) (باب بيع الشعير بالشعير). وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٥٧) ح (٢٢٥٤).

(٦) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٢)، المغنى لابن قدامة (٤/ ١٢٤).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٥) ح (٣٣٤٩)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٤١) (باب الشعير بالشعير).

(٩) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٢)، المغنى لابن قدامة (٤/ ١٢٤).

فصل

التحريم متعلق بمعانى هذه المسميات دون أسمائها خلافًا لداود ونفاة القياس فى قصرهم ذلك عليها دون تعديه إلى الفروع، فيتصور الخلاف معهم فى الأرز والذرة والدخن والزبيب وغير ذلك مما لم يتناوله النص باسمه: فعندنا فيه الربا وعندهم لا ربا فيه، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، والربا الزيادة فى اللغة، ونهيه ﷺ عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل[1] فعم، وقوله: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[2]، فدل أن اتفاقهما مانع من التفاضل، وفى حديث عبادة أنه ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب...» إلى أن قال: «حتى الملح بالملح»[3]، فجعل غاية لما ابتدأ به وهو الذهب والفضة والبر، فدل على أن ما بينهما فى حكمها، ولأن ذلك مبنى على صحة القياس وثبوت التعليل.

فصل

إذا ثبت أن هذه المسميات معللة وأن التحريم يتعلق بمعانيها، فالعلَّة فيها عندنا: أنها مأكولة مدخرة للعيش غالبًا هذا حصر أوصاف العلة، ومن أصحابنا من يعبر عنها بالقوت وما يصلحه والمعنى واحد، وقال أبو حنيفة: العلة الكيل والوزن مع الجنس[4]، وقال الشافعى: العلة كونه مطعومًا جنسًا[5].

فدليلنا: أنه قد ثبت أن نصه ﷺ على البر وما ذكر معه ليفيد به معنى لا يعلم مع عدمه ولا مع نصه على غيره، فلو أراد مجرد الأكل على ما يقوله الشافعى لاكتفى بالنص على واحد منها، إذ الأكل متساو فى جميعها وليس يختلف عنده، فكان يذكر أصنافه لينبه على صنف بما ينص عليه منه، وكذلك لو أراد الكيل بمجرده لكان يكتفى أن ينص على واحد منها إذ الكيل متساو فى جميعها، وعلى قولنا: لا يعرى نصه على

(١) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢١٤) ح (٩٣/ ١٥٩٢)، وأحمد: المسند (٦/ ٤٢٩) ح (٢٧٣١٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال الموصلى: (وعلته عندنا الكيل أو الوزن مع الجنس) الاختيار (٢/ ٣٦)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٧).

(٥) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٨٣).

كل واحد منها من فائدة فنصه على البر لينبه به علـى كل مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان بتناوله، ونصه على الشعير ليبين مشاركته للبر فى ذلك، وإن انفرد بصفة بكونه علفًا وإنه يكون قوتًا حال الاضطرار فنبه على الذرة والدخن وغيرهما، ونصه على التمر لينبه بـه على كل حلاوة مدخـرة غالبًا لأصل المعـاش كالعسل والزبيب والـسكر وما فى معـناه، ونصه على الملح تنبـيهًا علـى أن ما يصلح المقـتات من المأكـولات فى حكمهـا كالأبازير[١] وما فى معناها فبان صحة ما اخترناه، لأن تنبيهه ﷺ على العلل من أقوى ما يستدل به عليها، ولأنه قال: «حتـى الملح» فجعله غاية بينه وبين ما نص عليه، وإنما هو غاية لأدناه وليس يـضاف بالدناءة إلى الأقوات فـقط، ولأن الطعم مراعى عندنا [وغـير مراعى عندهم، وقد قال النبى ﷺ: «الطعـام بالطعام مثلاً بمثل»[٢] فوجب اعتبار الطعام ولأن التفاضل يحرم][٣] عندنا فى قليل المنصوص عليه وكثيـره وعندهم لا يحرم إلا فيما يتأتى كيله فيجوز عندهم الكف من الحنطة بالكفين والعموم يمنعه، وربما سلك فى ذلك طريق القيـاس فقـيل: لأن كل جنس حرم التفـاضل فى كثـيره حرم فى قليـله كالذهب والفضة، ولأن علتهم فاسدة لأنهـا ترفع الأصل الذى انتزعت منه وهو عموم الخبر فى معنى التفاضل، والعلة إذا عادت لمخالـفة أصلها وجب فسادها، ولأن الشىء الواحد إذا كان علمًا على حكم لـم يجز أن يكون علمًا على ضده والكيل علم علـى التحليل فلم يكن علة للتحـريم، ولأن علتنا أرجح لأن الربا إنما حرم حـراسة للأموال وحـفظًا لها، فكان فى أغلى المكيلات كما كان فى أغلى الموزونات وهو الذهب والفضة.

فصل

فأما علة الذهب والفـضة فكونهما أصول الأثمان وقـيم المتلفات، وهذه العلة عندنا مقصورة والتعليل بها سائغ، لأن قصد التـعدى فى العلة ليس فيه أكثر من تعذر القياس وذلك لأن يخرجهـا عن أن تكون علة كما لو نص على كونهـا علة وعلى منع القياس، ولأن قصرها لا يفيد منع الحـمل للفرع عليها، وذلك مستفاد بالتـعليل كالتعدى، ولأنه ﷺ لما نص على الذهب والفـضة ولم ينص على ما سـواهما دل على أنهمـا مختـصان بذلك، لأنه ليس مشارك لهـما فى وضعهمـا الأخص، ونفرض الكلام فى أن الرصاص

---

(١) قال الفيروزآبادى: (جمع بزر وهو كل حب يبذر للبنات)، القاموس المحيط (١/ ٣٧١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

والنحاس لا ربا فيه فنقول: كل جنس جاز التفاضل بين مهمله ومعموله، فلا ربا فيه، أصله التراب والقصب.

فصل

إذا ثبت أن العلة فى المسميات الأربعة ما ذكرناه، فكل ما شاركها فى علتها مشارك لها فى حكمها كالأرز والذرة والدخن والقطنية[١] واللحوم والألبان والخلول[٢] الأبابير وسائر الفواكه المدخرة للقوت والتمر والزبيب والزيتون وسائر ما فى معناها، وكذلك العسل والسكر، ولا ربا فى تفاح ولا فى بطيخ ولا خيار ولا قثاء ولا ما لا يدخر.

فصل

والتفاضل يحرم فى الجنس دون الجنسين لقوله ﷺ: «البر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح»[٣]، فقصر التحريم على الجنس بجنسه. وقال: «فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[٤]. وهذا نص.

فصل

والحنطة والشعير والسلت[٥] فى حكم الواحد لا يجوز التفاضل فى بيع بعضها ببعض خلافًا لأبى حنيفة[٦] والشافعى فى قولهما: إنها أجناس[٧]، لقوله: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»[٨]، ولأنها متقاربة فى المنبت والمحصد وأن أحدها لا يكاد ينفك، فكان كالعلس[٩] مع الحنطة.

---

(١) هى كل ما له غلاف من الحبوب، حاشية الدسوقى (٣/ ٤٨).

(٢) نوع من أنواع الزيوت، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ٤٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) السلت بالضم الشعير أو ضرب منه أو الحامض منه، القاموس المحيط (١/ ١٥٠).

(٦) الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٩)، الاختيار للموصلى (٢/ ٣٧).

(٧) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١١١)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٥٤).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) العلس قريب من خلقة البر طعام أهل صنعاء اليمن، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ٤٨).

فصل

وكل ما تجمع أنواعه فى الزكاة فإنه صنف واحد فى البيوع، فالتمر وألوانه صنف، وكذلك الزبيب وأنواعه، والقشمش وأنواعه، وقد بينا الاختلاف فى القطنية فى الزكاة، وأما الأرز والدخن والذرة فكل واحد صنف على حدته.

فصل

اللحم فيه الربا لأنه مقتات، واللحوم على ثلاثة أنواع فلحوم الأنعام و الوحش صنف، ولحوم الطير صنف وحشيه وإنسيّه، ولحوم دواب الماء صنف، وقال بعض أصحابنا: والجراد صنف رابع، وقال أبو حنيفة: هى أجناس مختلفة باختلاف الحيوان[١] وقال الشافعى فى بعض أقاويله: إنها صنف واحد[٢]، فالخلاف مع أبى حنيفة فى بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً فمنعناه وجوزه[٣].

ودليلنا قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»[٤]، ولأنه لحم حيوان من بهيمة الأنعام، فلم يجز بيعه بلحم شىء من الحيوان المشارك له فى هذا الوصف متفاضلاً، أصله إذا كان من نوعه لحم الغنم بلحم الغنم متفاضلاً، ولأن الأغراض متقاربة فيهما وتؤكل على حد متقارب غير متباين.

فصل

والخلاف مع الشافعى فى جواز لحم البقر بلحم الطير والسمك متفاضلاً فجوزناه ومنعه[٥]، ودليلنا قوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[٦]، والجنسية هاهنا المراد بها الأغراض والمنافع وقد ثبت أن لحم السمك ليس من جنس لحم الإبل، لأنهما لا يتفقان فى منفعة ولا فى غرض ولا يؤكل كل واحد منهما على الوجه الذى يؤكل

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٨٩).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٣٩٤)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٥٥).

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى (٥/ ١٨٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٥٩).

(٦) تقدم تخريجه.

عليه الآخر، ولأن السمك طعام لا يحتاج إلى ذكاة، فجاز بيعه بلحم الطير متفاضلاً، أصله اللبن.

فصل

والشحم والكبد والفؤاد والطحال والحلقوم والخصى وما جرى مجرى ذلك له حكم اللحم فلا يجوز بيع شيء منه بلحم متفاضل خلافًا لمن أجازه في بعض ذلك وفي جميعه[1] لأنه نوع مأكول من جسد الشاة كاللحم، ولأن جميع جسد الشاة قد أجرى مجرى واحدًا ولم يخرجه اختلاف أسمائه وأحواله من كونه لحمًا لاتفاقهم على منع التفاضل بين الكرش والكبد واللحم، فكذلك الشحم وغيره.

فصل

والماء لا ربا فيه على ظاهر المذهب، وروى ابن نافع عن مالك: منع بيعه الطعام إلى أجل، قال أصحابنا: يجيء على هذا أن يحرم بيعه قبل قبضه، وإنما يحرم التفاضل في جنسه، فوجه نفي الربا عنه أن التفاضل إنما يحرم حراسة للأموال وحفظًا لها، فلذلك قضى على ما تمس الحاجة إليه من المأكولات دون غيره والماء أصله مباح غير متشاح فيه، فكان منافيًا لموضوع المقصود بالربا، ووجه إثباته أنه في معنى القوت لأن الحاجة إليه أمس منها إلى الخبز إذ غير الخبز يقوم مقامه والماء لا يقوم غيره مقامه، فكان تحريم التفاضل فيه أولى.

(١) قال ابن قدامة (ظاهر المذهب إباحة البيع فيهما متماثلاً ومتفاضلاً وهو قول أبي حنيفة والشافعي)، المغني (١٤٣/٤).

باب

بيع المزابنة[١] ممنوع لنهيه ﷺ عن بيع المزابنة[٢]، وحصر هذا الباب: بيع معلوم بمجهول من جنسه أو مجهول بمجهول من جنسه، فمن المعلوم بالمجهول من جنسه بيع التمر بالرطب والزبيب بالعنب واللحم بالحى المأكول من جنسه لا يصلح إلا للحم كالمعلوف والكسير والمشوى بالطرى النيىء، والمالح والقديد بالطرى من الحيتان وغيرها، الجنس بجنسه والحنطة المبلولة باليابسة وبالمبلولة إلا أن يكون البلل واحداً، ومنع بيع الدقيق بالعجين والحنطة بالعجين، ولا بأس الدقيق بالدقيق والرطب بالرطب متماثلاً عند مالك ومنعه عبد الملك وكذلك التمر العتيق بالحديث، واختلف فى الحنطة بالدقيق ولا بأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالخبز متفاضلاً ومتماثلاً، وكذلك العجين بالخبز، ولا بأس باللحم النيىء بالمطبوخ متفاضلاً ومتماثلاً، وكذلك التمر والرطب بخلهما ولا بأس: اللبن باللبن حال رطوبتهما.

فصل

وإنما منعنا بيع الرطب بالتمر خلافًا لأبى حنيفة[٣] لقوله ﷺ وسئل عن ذلك فقال: «أينقص الرطب إذا يبس» قالوا: نعم، قال: «فلا إذاً»[٤]، وروى: «فنهى عنه»، وروى: «لا تبايعوا الرطب بالرطب»[٥]، وروى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ: «نهى عن المزابنة»[٦]، والمزابنة بيع الرطب بالتمر، ولأنه جنس فيه الربا بيع منه مجهول بمعلوم

---

(١) المزابنة بيع معلوم بمجهول أو مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما، شرح حدود ابن عرفة (١/٣٤٧).

(٢) أخرجه البخارى: الشرب والمساقاة (٥/ ٦٠) ح (٢٣٨١)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٧٤) ح (٨١/١٥٣٦).

(٣) الاختيار للموصلى (٣/ ٣٩)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨٨).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٨) ح (٣٣٥٩)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥١٩) ح (١٢٢٥) وقال: حسن صحيح. والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٦) (باب اشتراء التمر بالرطب).

(٥) لم أجده بهذا اللفظ،والمشهور بلفظ (الرطب بالتمر) وبلفظ (التمر بالتمر)، وانظر التلخيص الحبير (٣/ ٣٠ ـ ٣٣)، نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٤٠ ـ ٤٤).

(٦) تقدم تخريجه.

فلم يجز، أصله بيع الشيرج بالسمسم والزيتون بالزيت، ولأن المماثلة شرط فى هذا الموضع وهى معدومة لأن التمر والرطب غير متناه، وذلك يمنع التماثل وإذا ثبت المنع من ذلك فكل ما ذكرنا من بابه، فحكمه فى المنع مثله من الحى بالميت والمشوى بالطرى والمبلول باليابس وسائر ما فى بابه.

فصل

وأما الرطب بالرطب فإنما أجزناه خلافًا للشافعى[١] وعبد الملك لقوله ﷺ: «لا تبايعوا التمر بالتمر حتى يبدو صلاحها»[٢] وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها، ولأنها ثمرة بيعت بجنسها وهما على حال يتساويان فيها، فجاز فى ذلك، أصله التمر بالتمر، ولأن كل جنس جاز بيع بعضه ببعض حال جفافها جاز حال رطوبتها كاللبن باللبن.

فصل

فأما الحنطة بالدقيق، فاختلف أصحابنا فى تخريجه على المذهب: فمنهم من يقول: إن المسألة على روايتين، ومنهم من يقول: ليس بخلاف قول، وإنما هو اختلاف حالين، فإن كان كيلاً بكيل فلا يجوز وإن كان وزنًا بوزن جاز[٣]، فوجه الجواز أنه ليس فى طحن الحنطة أكثر من تفريق أجزائها، وذلك لا يمنع الكيل ولا ينافى المماثلة، ووجه المنع أن المماثلة ممتنعة فيها لأنه إن كان كيلاً بكيل أدى إلى التفاضل لأن الحب إذا طحن تفرقت أجزاؤه ولم تجتمع بعد ذلك اجتماع الحب بخلقته فى الأصل فيجىء من صاع بر أكثر من صاع الدقيق، وإن كان وزنًا بوزن امتنع لأن طريق التماثل فى ذلك الكيل فلا يجوز غيره.

فصل

وإنما أجزنا بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً خلافًا للشافعى[٤] لأن التساوى فيه موجود فى الحال كالحنطة بالحنطة.

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٣٨٩)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٥٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) المدونة الكبرى (٣/ ١٧٧).

(٤) قال الماوردى: (فإذا بيع الدقيق بالدقيق فعند الشافعى أنه لا يجوز)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١١٠).

فصل

فأمـا تجويزنا التفاضـل بين الحنطة والدقيق بخبـزهما وسويقـهما خلافًا للشـافعي[١] فالنكته فيه وفي جواز اللحم النيئ بالمطبوخ متـفاضلاً والرطب والتمر بخلهما واحدة في جميع هذا الباب وهـي: أن الصنعة تغـير مـا تدخله من الجنس حتى تجـعله في حكم الجنس المفرد لأنه لا يصلح لما كـان يصلح له أولاً، وتختلف الأغراض فـيه إذ لا يقول أحد أن منفعة التـمر تقارب منفعة الخل، وكذلك الحنطة والسـويق والخبز والدقيق لأن تأثير النار في الطـبخ والخبز من تبايـن المنافع وتغييـر الصنعة ما ينفي التـقارب ويوجب التفاوت والتباين، وإذا ثبت ذلك جاز التفاضل فيه بمثل ما له جاز في الجنسين المتباينين، وأما جواز بيع التين بالتين رطبين متمـاثلين فللتساوي في المنافع والحال، فقد سلما من الربا والمزابنة.

فصل

ومـا ذكـرنا من أن بيع رطب من ثمـره بيـابـس مزابـنة، فـإنما ذلك في الجنس لأن التفاضل في الجنسين غير ممنوع، فيجوز بيع التمر بالعنب والرطب بالزبيب وجميع ما في هذا المعنى، وهذا فيما يحرم التفاضل في جنسه إذا بيع بـعضه ببعض، فأما ما لا ربا فيه كالخـوخ والمشمش وغيـرهما فيـجوز بيع الرطب باليـابس إذا تحقق التفـاضل ويمنع مع الاحتمال والشك ليخرج عن المخاطرة.

فصل

وأما بيع المجهول بالمجهول من جنسه مما لا يجوز التـفاضل فيه فغير جائز، وهو من باب المزابنة وذلك كالصـبرة بالصبـرة وثمرة نخلة بثمـرة نخلة أخرى، لأن عدم التـماثل يقوم في المنع مـقام تحقق التـفاضل لأن التمـاثل إذا لم يوجد فشـرط جواز البيع غـير حاصل.

فصل

يجوز قسمة اللحم على التحـري وكذلك بيعه، ومن أصحابنا من يطلق ذلك ومنهم من يشترط فـيه تعذر الموازين، وكذلك البـيض بالبيض والخبز بالخـبز والرطب بالرطب

(١) روضة الطالبين (٣/٣٨٩)، الحاوي الكبير للماوردي (٥/١٠٨).

واليابس باليابس، وعند أبى حنيفة[1] والشافعى أن ذلك غير جائز[2].

وإنما قلنا ذلك للعمل المستفيض من الصحابة فى الأسفار أنهم كانوا يقتسمون اللحوم على التحرى والقسمة بيع كل واحد من المقتسمين حظه بحظ صاحبه، ولأن الحذر فى الشرع قد جعل طريقًا إلى جواز البيع فيما شرط فيه الكيل والوزن، وسببًا لمعرفة المقدار فيما يعرفان به عند تعذرهما، ألا ترى أنا نجيز ذلك فى الزكاة والعرايا، فجاز أن يكون التحرى فى مسألتنا طريقًا إلى معرفة التماثل للضرورة، ووجهها أن الموازين فى الأسفار قد تعدم وتتعذر فلو قلنا: إنهم لا يقتسمون اللحم فى الأسفار إلا بميزان لشق ذلك، وأدى إلى ضياعه وفوات الانتفاع به، فجاز لهذه الضرورة قسمه وبيعه.

فصل

لا يجوز بيع طعام بطعام إلا نقدًا ولا يجوز فيه تأخير بوجه كان من جنسه أو من غير جنسه كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه بيع متفاضلاً أو متماثلاً، ومن شرطه التقابض فى المجلس، وقال أبو حنيفة: يجوز أن يفترقا من غير قبض إلا أن يكون المبيع جزءًا مشاعًا[3]، ودليلنا قوله ﷺ: «إنما الربا فى النسيئة»[4]، وقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا التمر بالتمر ولا الشعير بالشعير...» إلى أن قال: «إلا سواء بسواء عينًا بعين يدًا بيد»[5]، ولأن كل شيئين لا يجوز أن يسلم أحدهما فى الآخر مع جواز السلم فيه فلا يجوز بيعه به إلا يدًا بيد، أصله الذهب والفضة أو الذهب فى الحلى، ولأنه بيع عين بعين يفسده دخول الأجل، فكان التقابض شرطًا فيه، أصله إذا باع جزءًا مشاعًا من صبرة.

(١) الاختيار للموصلى (٢/ ٣٩)، بدائع الصنائع (٥/ ١٩٠).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٣٩٦)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١١٠).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٧٠).

(٤) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٤٥) ح (٢١٧٨، ٢١٧٩)، ومسلم: المساقاة (٣/ ١٢١٨) ح (١٠٢/ ١٥٩٦).

(٥) تقدم تخريجه.

باب

المبيعات على ضربين: طعام وغير طعام، فالطعام يباع على وجهين: أحدهما على وجه يلزم فيه حق التوفية، وذلك بأن يكون على كيل أو وزن أو عدد، والآخر جزافًا مصبرًا، فالقسم الأول لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان معينًا أو في الذمة، والأصل نهيه ﷺ بقوله: «من ابتاع طعامًا فليس يجوز له أن يبيعه قبل قبضه»[1]، وروى: «قبل أن يستوفيه»[2]، وإذا ثبت ذلك، فكل أنواع الطعام داخلة في المنع من الإدام والقوت والفواكه مما يدخر وما لا يدخر ما فيه الربا وما لا ربا فيه وكذلك الأشربة، وذكر ابن وهب عن مالك أن ما لا ربا فيه يجوز بيعه قبل قبضه لأنه أخفض رتبة من المقتات بدليل إباحة التفاضل فيه وسقوط الزكاة منه، والأول أصح للعموم، ولأن النهي لأجل العينة وأن يعلم أن الشراء لم يكن لها وهذا يستوي فيه المقتات وغيره [ولأن انخفاض حرمته عن المقتات في حكم من الأحكام لا يقتضي انخفاضها عنه في سائرها ألا ترى أنه لا يجوز بيع بعضه إلى أجل من حيث كان طعامًا][3]، والأدوية والبذور التي تبذر للزرع لا تدخل في هذا لأنها ليست بطعام، وإنما تتناول للحاجة وليس اسم الطعام لكل ما يتطعم لأنه لو كان كذلك لكان الجص والسم طعامًا لأن له طعمًا ولكنه اسم لما جرت العادة بأكله على وجه يؤكل عليه الطعام في العادة من الاقتيات أو الائتدام أو التفكه أو التحلي وليس التداوي من هذا، فلم يدخل فيه.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فكل طعام ملك بعقد معاوضة مشارك لما ملك بشراء في منع بيعه قبل قبضه: من ذلك ما يملك أجرة في إجارة أو قضاء دين أو مهر أو خلع أو صلح عن دم عمد أو مثلاً لمتلف أو أرش جناية في مال [مضمون][4] كان أو معينًا، وكل ما

---

(١) أخرجه البخاري: البيوع (٤/٤٠٩) ح (٢١٣٥)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٠) ح (٣٠/١٥٢٥).

(٢) أخرجه البخاري: البيوع (٤/٤٠٩) ح (٢١٣٦)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٠) ح (٣٢/١٥٢٦).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ثبت في (ب) (إن كان مضمونًا).

يملك بغير معاوضة، فجائز لمن ملكه بيعه قبل قبضه كالميراث والهبة والصدقة وغير ذلك والمقترض يجوز لمقرضه ولمقترضه بيعه قبل قبضه لأنه ليس بمبتاع ولا فى معنى المبتاع.

فصل

لمبتاع الطعام الممنوع من بيعه قبل قبضه أن يهبه ويقرضه ويتصدق به أو يخرجه عن ملكه على غير وجه المبايعة قبل قبضه، ولكن لا يجوز لمن صار إليه ذلك ببعض هذه الوجوه أن يبيعه قبل أن يقبضه، لأنه قائم مقام البائع وعقد هذا الباب: إن كل طعام ابتيع فلم يقبض فلا يجوز أن يقع عليه عقدة بيع حتى يقبض سواء كان ذلك من مبتاعه أو ممن صار إليه عن مبتاعه.

فصل

إذا باع تمراً واستثنى منه كيلاً معلومًا، ففيه روايتان: إحداهما أن له بيعه قبل أن يجزه، والأخرى أنه ليس له ذلك، فوجه الجواز أنه لم يبع ما استثناه، وإنما أبقاه على ملكه، ووجه المنع أنه صار شريكًا للمشترى بمقداره من الكيل والأول أصح.

فصل

إذا ثبت منع بيع الطعام للمشترى بكيل أو وزن أو عدد قبل استيفائه، فيجوز منه الإقالة[1] والتولية[2] والشركة[3] قبل القبض، وإن كانت بيوعًا لما روى: أنه ﷺ: «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص فى الإقالة والشركة»[4] وهذا نص، ولأن المقصود منها لما كان المعروف دون المتاجرة والمغابنة جاز للرفق واستثنى من أصل البيع كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر للرفق، والحوالة من بيع الدين بالدين لأنه لم يقصد فيها ذلك، وهذا إذا وقع العقد الثانى على الوجه الذى وقع عليه العقد الأول بمثل المال لا زيادة فيه ولا نقصان ولا مخالفة فى تعجيل أو تأجيل: فيعلم بذلك أن الفاعل له لم يقصد المتاجرة والربح[5]، وإنما آثر على نفسه وقصد فعل الجميل والرفق

---

(١) الإقالة: «ترك المبيع لبائعه بثمنه». شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٧٩).

(٢) التولية: (تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه). شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٨١).

(٣) الشركة: (جعل مشتر قدراً لغيره باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من الثمن). شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٨١).

(٤) الحديث عند البخارى ومسلم من غير «وأرخص فى الإقالة والشركة»، وتقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى بعض النسخ (التربيح) وما أثبتناه من (أ).

بمن فعل ذلك معه، ومتى وقع على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان أو مرفق بتأخير أو تعجيل على أنهما لم يريدا الوجه الذى له وقعت الرخصة، وإنما أراد الوجه الممنوع من بيع الطعام قبل قبضه فمنعنا منه.

فصل

ثم عدنا إلى أصل التقسيم فقلنا: وأما ما ابتيع من الطعام جزافًا[1] أو مصبرًا فيجوز بيعه قبل نقله إذا خلَّى البائع بينه وبينه خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3] لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، وروى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ: «نهى أن يبيع أحد طعامًا اشتراه بكيل حتى يستوفيه»[4] فدل أن الجزاف بخلافه، ولأن الجزاف ليس فيه توفية، فإذا وجدت التخلية لم يبق وراءها توفية تطلب، فجاز بيعه كالمكيل إذا قبض، وقد استحب مالك رحمه الله أن يباع بعد نقله ليخرج من الخلاف ويحتاط للعقد.

فصل

وما عدا الطعام والشراب من سائر العروض والعبيد والحيوان والعقار وما ينقل ويحول وما لا ينقل ولا يحول وما يكال أو يوزن وما لا يكال ولا يوزن كان عينًا معينة أو سلمًا مضمونًا فى الذمة فبيعه قبل قبضه جائز فى الجملة بخلاف الطعام ما لم يعرض فى العقد ما يمنع منه من كونه دينًا بدين أو ذريعة إلى بيع وسلف أو بعض الأشياء الممنوعة، خلافًا لأبى حنيفة فى منعه بيع ما ينقل ويحول[5]، والشافعى فى منع بيع كل مبيع قبل قبضه من بائعه[6]، لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله ﷺ: «من ابتاع طعامًا فلا يبيعه حتى يقبضه»[7]، فدل أن ما عداه بخلافه، ولأنه

(١) الجزاف: بيع ما يمكن علم قدره دونه، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٣٤).
(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٥).
(٣) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٢٧).
(٤) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٦٠) ح (٣٢/ ١٥٢٦) وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٩) ح (٣٤٩٥)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٥٢)، (النهى عن بيع ما اشترى من الطعام بكيل حتى يستوفى).
(٥) الاختيار للموصلى (٢/ ٧)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٥).
(٦) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٢٠).
(٧) تقدم تخريجه.

إزالة ملك فجاز قبل القبض كالعتق، ولأنه أحد نوعى المبيعات فعدم القبض لا يمنع بيعه، أصله المنافع فى الإجارة، ولأن الشراء نوع يملك به، فجاز أن يباع ما ملك به قبل القبض كالميراث والوصية ومع أبى حنيفة قياسًا على العقار.

فصل

عقود البياعات كلها تقع بالقول وليس القبض شرطًا فى انعقادها ولا فى لزومها، غير أن فى بعضها إن تأخر القبض عن العقد تأخرًا شديدًا أو افترقا قبل بطل العقد، وذلك كالصرف وبيع الطعام بالطعام، فأما سائر العروض التى يجوز بيع بعضها ببيع نقدًا أو نساء، فإن تأخر القبض لا يبطل العقد فإن تلفت نظر، فإن كان فى المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عدد فضمانه من البائع إلا أن يكون كاله أو وزنه للمشترى فتركه المشترى عنده فيكون حينئذ تلفه من المشترى، وأما ما ليس فيه حق توفية مثل البيع بعينة أو الجزاف فتلفه من المشترى قبل القبض وبعده دفع المشترى الثمن أو لم يدفعه، طالبه بالقبض أو لم يطالبه إلا أن يكون البائع حبسه عنده ليقبض الثمن، فيكون حكمه حكم الرهن، أو منعه ابتداء ظلمًا فيكون غاصبًا، فأما مع السلامة من ذلك كله فضمانه إن تلف من المشترى خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى فى قولهما: إن ضمانه من البائع قبل قبض المشترى إياه[2]، وإن العقد ينفسخ بتلفه، لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[3]، فجعل الضمان ممن يكون له الخراج، وقد ثبت أن خراج هذا المبيع قبل القبض ليكون للمشترى، فكان ضمانه منه، ولأن الملك لا يخلو أن يكون استقر بنفس البيع الذى هو الإيجاب والقبول المطلق، فذلك يوجب أن يكون التلف من المشترى كما بعد القبض أو أن لا يستقر إلا بمعنى زائد عليه وهو القبض فالقبض فرع على الملك وتابع له، لأن البائع يجبر على إقباضه للمشترى ولولا استقرار الملك لم يجبر عليه، وإذا كان البيع لمستقر فالتلف ممن حصل الملك له وامتنع الفسخ عليه، ولأن إعتاق المشترى فى العبد نافذ قبل القبض، وذلك ممتنع فيما لم يكن يستقر كبيع الخيار، ولأنه عوض مستحق بعقد معاوضة، فإذا كان معينًا وتلف قبل القبض لم يتلف من المستحق عليه، أصله المهر.

---

(١) الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٢).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٠١)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٢١).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٢) ح (٣٥٠٨)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٧٢) ح (١٢٨٥)، وقال: حسن صحيح، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٢٣)، (باب الخراج بالضمان)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٥٤) ح (٢٢٤٣)، وأحمد: المسند (٦/ ٥٦) ح (٢٤٢٧٩).

فصل

يجوز بيع الطعام جزافًا فى الغرائر وصبراً على الأرض، وكذلك غيره من العروض المكيلة أو المعدودة التى لا خطر لها، وإنما الغرض مبلغها كالجص والنورة والقطن وغير ذلك، ولا يجوز بيع شىء له بال وخطر تكثر قيمته ويعظم الغرر فيه كالعبيد والحيوان والثياب جزافًا.

وقاعدة هذا الباب: أن من المبيع ما يقصد مبلغه دون أعيان آحاده، وذلك كالحنطة والشعير والثمرة والزبيب والجوز واللوز وسائر الفواكه والبقول، فما هذه سبيله يجوز بيعه جزافًا لأنه ليس المقصد إلى عين كل واحد من آحاده لأن أحدًا لا يقصد عين كل جوزة وبذنجانة، وإنما القصد جملته ومبلغه، فإذا علم ذلك بالحزر عند مشاهدته جاز بيعه كمَا يجوز بيع الشىء بالخرص فيتعلق به أحكام الكيل والوزن، ولأن القصد المبلغ ليس فى جزافه خطر أو غرر فينسب ترك تحقيقه بالكيل أو الوزن إلى قصده، وأما المقصد [فهو][1] التخفيف والرفق والراحة من التعب ومؤنة الكيل والوزن من المبيع ما يقصر أعيانه وآحاد جماعات كل عين فى نفسها كالعبيد والحيوان والثياب والجواهر، لأن كل واحد من جماعاتها يحتاج إلى اختيار فى نفسه والعلم بسلامته من العيوب وليس الغرض المبلغ دون العين، فما هذه سبيله يعظم الخطر فيه ويكثر به الغرر بالمجازفة فيه فلا يجوز بيعه جزافًا.

فصل

ما علم بائعه كيله أو وزنه فلا يجوز له بيعه إلا بعد أن يعلم المشترى بمبلغه خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، لقوله ﷺ: «من غشنا فليس منا»، وهذا غش لأن المبتاع يدخل على أن البائع بمثابته فى الجهل بمقدار المبيع، وروى: أنه ﷺ قال: «من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافًا حتى يبين»[4] وهذا نص، ولأنه باع جزافًا ما يعلم قدر كيله فلم

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٥)، الاختيار للموصلى (٢/ ٤).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٣١٣)، حاشية الجمل (٣/ ٣٤).

(٤) أصله عند البخارى ومسلم من حديث ابن عمر رضى الله عنهما، أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤١١) ح (٢١٣٧)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦١) ح (٣٤/ ١٥٢٧).

يجز، أصله إذا قال: قد بعتك ملء هذه الغرارة والبائع يعلم ما تسع.

فصل

إذا ثبت منع ذلك فمتى وقع فالمشترى بالخيار لأنه متعدى عليه لأنه إنما رضى بالمجازفة ودخل على أن البائع بمثابته فى الجهل بقدر الكيل، فإذا كتمه ذلك كان [تدليسًا][1] عليه، فثبت له الخيار كالعيب إذا كتمه وإن بين له فقال: أنا أعلم كيلها ولست أعلمك، فإن أردت أن تبتاع على هذا وإلا لم أبعك فرضى المشترى فذلك غير جائز، لأنه رضى بالمخاطرة والغرر وقصد إلى ذلك مع الاستغناء عليه، وذلك مفسد للعقد المبنى عليه.

فصل

إذا أخبره البائع بكيله فصدقه المشترى عليه وقبضه بغير كيل، فإن كان البيع نقداً جاز، وإن كان إلى أجل فلا يجوز واختلف أصحابنا فى تأويله، فمنهم من يحمله على المنع، ومنهم من يحمله على الكراهية، وإنما قلنا: إنه إذا كان نقداً جاز لأنه ليس فيه تهمة لأنه لا يخاف منه إن لم يصدقه أن يفوته [غرض][2] ويقع لو صدقه لأدركه ولم يفته، والنسيئة بخلاف ذلك لأنه يجوز أن يكون دون ما أخبره، فإن لم يصدقه لم يرض ببيعه منه نسيئة، وإنما غرض البائع فى إنسائه أن ينتفع بالنقصان الذى يحتسب له به فيكون من أكل المال بالباطل.

فصل

إذا صدقه بالكيل فى النقد ثم ادعى المبتاع نقصانه عما أخبره أو زيادة، فإن كان مما يكون مثله فى اختلاف الكيل ويريد رده فلا يرده به، لأن ذلك معفو عنه فى العرف كالتغيير الذى يكون فى أسفله والتراب الذى يعلم أنه لا ينفك منه، فإن كان زائداً على ذلك خارجًا عما جرى العرف به فله المحاسبة به لأن البائع لم يوفه ما عقد عليه البيع والقدر الفائت لم يوجد له عوض، وذلك إذا صدقه البائع أو كاله بحضرته أو قامت له بينة به قبل أن يغيب عليه، وإن لم يكن له إلا دعواه فلا يقبل ويحلف البائع.

---

(١) ثبت فى (ب) (مدلسًا).

(٢) ثبت فى (ب) أن يفوته منه غرض.

باب

المبيع على ثلاثة أضرب: عين حاضرة، وغائبة عن العقد، وسلم في الذمة غير معين.

فأما بيع العين الحاضرة المرئية مثل أن يقول: بعتك هذا الثوب أو العبد أو الدابة وهو يراه، فذلك جائز إذا أبصره وخبره ولا خلاف في هذا النوع.

فصل

وأما الأعيان الغائبة عن العقد فيجوز بيعها على الصفة أو على ما تقدم رؤيته خلافًا للشافعي في منعه بيعها على الصفة[١] لقوله عز وجل: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأنه مبيع معلوم لهما مقدور على تسليمه غالبًا كالمرئي، ولأن ما تتعذر رؤيته تقوم الصفة فيه مقام الرؤية كالسلم.

فصل

ولا يجوز بيعه بغير صفة ولا رؤية ولا مع شرط خيار الرؤية وذكر في المدونة جواز ذلك إذا اشترطت فيه خيار الرؤية[٢]، وكان شيخنا أبو بكر وأصحابنا يقولون: إنه خارج عن الأصول، وقال أبو حنيفة: يجوز بيع ما لم ير ولم يوصف ويكون للمبتاع خيار الرؤية بنفس العقد[٣]، ودليلنا على منعه: «نهيه ﷺ عن بيع الغرر»[٤] وهذا منه، ولأنه مجهول واشتراط خيار الرؤية لا ينفع، كما لا ينفع في بيع الآبق والشارد، ولأن تأخر معرفة المبيع عن العقد يؤذن ببطلانه كالسلم إذا لم يصفه حال العقد.

---

(١) قال في الروضة: (وقال في الأم والبويطي: لا يصح وهو اختيار المزني)، روضة الطالبين (٣/ ٣٧٠)، مجموع شرح المهذب (٩/ ٣٠١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٢٥٥).

(٣) الاختيار للموصلي (٢/ ١٨)، الهداية للمرغيناني (٣/ ٣٦).

(٤) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٥٣) ح (٤/ ١٥١٣)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٢) ح (٣٣٧٦)، والترمذي: البيوع (٣/ ٥٢٣) ح (١٢٣٠)، والنسائي: البيوع (٧/ ٢٣٠) (باب بيع الحصاة)، وابن ماجه التجارات (٢/ ٧٣٩) ح (٢١٩٤).

فصل

إذا ثبت جواز بيع الغائب بالصفة، فالذى يحتاج إليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان لأجلها وتقل الرغبة فى العين وتكثر بحسب وجودها وعدمها ولا يكتفى فى ذلك بذكر الجنس والعين فقط، لأن بيع الملامسة لا يعرى من مشاهدة العين ومعرفة الجنس وهو مع ذلك غير جائز ولا يضره الإخلال بما لا يؤثر فيها.

فصل

وإن جاء المبيع على الصفة المشترطة لزم المبتاع ولم يكن له خيار الرؤية إلا أن يشترطه فى العقد فيثبت له بالشرط، وإنما قلنا: لا خيار له لأنه مبيع موصوف قبض على صفته فلم يكن له خيار الرؤية كالسلم، وإن جاء على خلافها، فإن كان أعلى فلا خيار له، لأنه إذا لم يثبت له الخيار مع الموافقة فمع الزيادة أولى، ولأن الخيار إنما يثبت للنقص لا للزيادة وإن كان أدون فالمبتاع بالخيار فى الإمضاء والفسخ لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذى دخل عليه كما لو وجد عيبًا.

فصل

إذا تلفت السلعة المبيعة على الصفة بعد العقد وقبل القبض ففيها ثلاث روايات[1]: إحداها أن التلف من البائع إلا أن يشترطه على المشترى، والثانية أنه من المشترى إلا أن يشترطه على البائع، والثالثة أن ضمان الحيوان المأكول وما ليس بمأمون على البائع والدور والعقار من المشترى.

فوجه الأولى: أن على البائع توفية المشترى ما اشتراه، فما لم يوفه لم يستحق عليه العوض والتلف منه، لأن المشترى لم يقبضه ولم تثبت عليه يد.

ووجه الثانية: أن الأصل السلامة مع كونه متميزًا عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية، فكان ضمانه من المشترى وذلك إذا علم أن الصفقة صادفته حيًا سليمًا ثم تلفت من بعد.

فأما وجه تفريقه بين المأمون وغير المأمون على ظاهر السلامة، فيجب أن يكون

(١) حكى ابن عبد البر قولين فقط عن مالك، انظر الكافى (٢/ ٦٧٨).

ضمانه من المشترى اعتباراً بالحاضر، ولأن النقد لما جاز اشتراطه فى المأمون ولم يجز فى غيره دل على افتراق حكمهما.

فصل

إن تبرع المشترى فى بيع الغائب بنقد الثمن أو بعضه قبل مجىء المبيع جاز، فأما إن اشترط البائع عليه النقد فيجوز فى المأمون لعدم تغيره وأمنه فى الغائب كالعقار والدور ولا يجوز فى الحيوان والمأكول وما لا يؤمن تغيره، والفرق أن المأمون يقل الغرر فيه وغير المأمون يكثر الغرر فيه، فاشتراط النقد فيه غرر، ولأنه يدخله سلف وبيع لأن النقد يتردد بينهما لأن المبيع إن سلم كان نقداً وإن لم يسلم كان البائع قد انتفع بالثمن ثم رده إلى المشترى.

فصل

يجوز عندنا بيع الأعدال على البرنامج[1] وهو أن يبيعها على الصفة التى يتضمنها برنامجه من ذكر الجنس والنوع والذرع والعدد والسعر، فإن وافق الصفقة لزم البيع، وإن خالف كان كما ذكرناه وليس للمبتاع إذا وافقت الصفة وقال هى مخالفة أن يرد خلافًا للشافعى فى قوله: لا يجوز[2]، ودليلنا الظاهر وهو قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأن أكثر ما فيه أنه باع عينًا يتعذر رؤيتها بصفة تحصرها، وقد دللنا على جواز ذلك.

فصل

يجوز بيع السلعة الغائبة على رؤية متقدمة إذا كان من وقت الرؤية إلى وقت العقد من المدة ما لا تتغير فى مثله والاعتبار فى ذلك بالعرف فى مثل تلك السلعة مما يعلم أنها تتغير وتحول عن الصفة التى كانت عليها فى مثلها، فإن كان بين الوقتين بقدر ذلك لم يجز البيع إلا برؤية مستأنفة أو صفة.

---

(١) البرنامج بفتح الباء وكسر الميم: أى الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما فى العدل من الثياب المبيعة لتشترى على تلك الصفة، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ٢٤).

(٢) انظر روضة الطالبين (٣/ ٣٧٣)، الحاوى الكبير (٥/ ٢٣).

نوع آخر:

وأما السلم[١] فى الذمة فإنه جائز فى كل ما تضبطه الصفة والأصل فى جواز ذلك قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله: ﴿إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم﴾ [البقرة:٢٨٢]، فدل ذلك على أن من التجارات ما لا يكون حاضرًا، وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ [البقرة:٢٨٢]، قال ابن عباس: ذلك فى السلم[٢]، وروى أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عندك وأرخص فى السلم[٣]، وروى أنه ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمر السنتين والثلاثة فقال: «من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[٤]، وهذا نص فى جوازه، ولا خلاف فيه[٥].

فصل

وله ثمانية شروط:

أحدها: أن يكون فى الذمة مطلقًا لا فى عين معينة.

والثانى: أن يكون موصوفًا بما يمكن حصره به من الصفات المقصودة التى تختلف الأغراض والأسواق باختلافها.

والثالث: أن يكون مقدرًا بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد أو ذرع أو غير ذلك من

---

(١) السلم بفتحتين السلف وزنًا ومعنى، وذكر الماوردى: أن السلف لغة أهل العراق والسلم لغة أهل الحجاز. وقيل: السلف تقديم رأس المال، والسلم: تسليمه فى المجلس فالسلف أعلم، واصطلاحًا عرَّفه ابن عرفة: «عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٩٥).

(٢) قال الطبرى: (وكان ابن عباس يقول: نزلت هذه الآية فى السلم خاصة)، تفسير الطبرى (٣/ ١١٦).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨١) ح (٣٥٠٣)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢٥) ح (١٢٣٢)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٥٤) (باب بيع ما ليس عند البائع)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٣٧) ح (٢١٨٧)، بلفظ «لا تبع ما ليس عندك».

(٤) أخرجه البخارى: السلم (٤/ ٥٠٠) ح (٢٢٣٩)، ومسلم: المساقاة (٣/ ١٢٢٦) ح (١٢٧/ ١٦٠٤).

(٥) انظر المغنى لابن قدامة (٤/ ٣١٢).

المقادير التى تعتبر فى ذلك النوع.

والرابع: أن يكون رأس المال معلومًا مقدراً.

والخامس: أن يكون نقدًا لا مؤجلاً.

والسادس: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً لا يجوز أن يكون حالاً، واختلف فى حد الأجل، فعنه فيه روايتان: إحداهما أجل مطلق أى أجل كان، والآخر أجل يختلف فى مثله الأسواق وتتغير معه الأسعار.

والسابع: أن يكون الأجل [محدودًا بمدة معلومة.

والثامن: أن يكون المسلم فيه][1] موجودًا عند المحل وليس من شرطه أن يكون موجودًا فى حال العقد ولا متصل الوجود فى حال العقد ولا متصل الوجود من وقت العقد إلى وقت المحل، والأولى أن يسمى موضع القبض، فإن أطلق ولم يعين جاز ولزم فى الموضع الذى وقع العقد عليه فى سوق تلك السلعة والموضع الذى جرى عرف أهل ذلك الموضع بقبض ما يسمى فيه بأن يقبضونه فيه.

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يجوز أن يكون عينًا لأن الأعيان لا تثبت فى الذمم لأن من حق ما يثبت فى الذمة أن يكون مطلقًا غير معين، ولأن السلم فى العين غرر لا يحتاج إليه لأنه إن أريد ضمانها فى الذمة إلى الأجل المضروب حتى إذا تلفت [لزم][2] المسلم إليه بدلها أو قيمتها، فذلك غير جائز لأن المعين ينفسخ العقد بتلفه ولا يلزم رد مثله، ولأنه إذا كانت العين مما لا يكال ولا يوزن لزم رد قيمتها لا مثلها، فإن إثبات العين فى الذمة إن أريد به تبقيتها إلى وقت الأجل فذلك غير مقدور عليه لإمكان أن يتلف، وإن أُريد به ضمان مثلها فقد أفسدناه.

فصل

وإنما قلنا: يجب حصره بأكثر مما يمكن من الصفات، وقد دخل فى ذلك الجنس والنوع لأنه مقدم على ما يتبعه من الصفات، لأنه مضمنة به ليكون المسلم فيه معلومًا

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى بعض النسخ (لزمت) وما أثبتناه من (ب).

ويخرج عن حيز الجهل ولا يكون كذلك إلا بالمشاهدة وبالصفة، والمشاهدة لا تتصور إلا على معنى الصفة بأن يريد عينًا بصفة النوع الذى يسلم فيه، وإذا تعذرت المشاهدة لم يبق إلا الصفة ومتى عرى العقد منهما كان مجهولاً وغرراً، وليس يلزم أن يذكر جميع الصفات حتى لا يخرج منها لشىء لأن ذلك لا يمكن ولا يحتاج إليه، وإنما المحتاج إليه ما يتعلق به الغرض ويقف عليه المقصد ويزداد فى الثمن لأجله ويرغب فى إسلافه لمكانه، فإذا حصل كفى عن زيادة عليه وذلك يختلف فى أنواع المبيعات بما يعرفه أهل كل نوع من وصفه عندهم مما يقصد من صفاته، فإذا ثبت هذا فحصر الباب: أن كل سلعة جاز أن تباع مشاهدة وتحصرها الصفة إذا غابت عن العين، فإن السلم فيها جائز من سائر العروض والحيوان والأطعمة وغيرها فيستغنى بذلك عن التكثير بأعيان المسائل وتفصيلها إلا مواضع يختلف فيها.

فصل

يجوز السلم فى الرقيق وسائر الحيوان خلافًا لأبى حنيفة[1]، لما روى أنه ﷺ أرخص فى السلم[2]، وفى حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشًا فنفذت الإبل فأمره أن يأخذ على قلاص[3] الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة[4]، ولأن الحيوان يثبت فى الذمة إما سلمًا وإما قرضًا لأنه ﷺ استقرض بكراً ورد رباعيًا[5]، ولأنهم يوافقونا فى تعلق الحيوان بالذمة مهراً وخلعًا وكتابة وصلحًا، فنقول: لأن الحيوان يتعلق بالذمة مهراً، فجاز أن يتعلق بها سلمًا وقرضًا اعتباراً بالثياب، ولأنه عقد معاوضة فجاز أن يكون الحيوان فيه عوضًا فى الذمة، أصله النكاح ولأن الحيوان يضبط بالصفة، وكذلك قال رسول الله ﷺ: «لا تصف المرأة المرأة لزوجها حتى كأنه يراها»[6]،

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى (٣/٧٩)، الاختيار للموصلى (٢/٤٥).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) القلاص جمع قلوص وهى الشابة من الإبل أو الباقية على السير أو أول ما يركب من إناثها إلى أن تثنى ثم هى ناقة، القاموس المحيط (٢/٣١٤).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/٢٤٨) ح (٣٣٥٧)، والدارقطنى: سننه (٣/ ٧٠) ح (٢٦٣)، والبيهقى فى الكبرى (٧/ ٤٧١) ح (١٠٥٢٩) من حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما.

(٥) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢٢٤) ح (١١٨/ ١٦٠٠)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٥) ح (٣٣٤٦)، والترمذى: البيوع (٣/ ٦٠٠) ح (١٣١٨).

(٦) أخرجه الطبرانى فى الكبير (١٠/ ١٤٠) ح (١٠٢٤٧)، وأصله فى الصحيح بغير هذا السياق.

وكذلك دية العمد والخطأ بالصفة، والعبيد يضبطون بالصفة فى الجنس واللون والسن والهيئة.

فصل

السلم فى الدنانير والدراهم جائز خلافًا لأبى حنيفة(١) لقوله ﷺ: «... فليسلم فى كيل معلوم أو وزن معلوم»(٢) فعم، ولأن كل ما جاز أن يكون فى الذمة ثمنًا جاز أن يكون مثمونًا، أصله الثياب، ولأنه يمكن ضبطها بالصفة فيذكر جنس فضتها وسكتها وخفتها وثقلها ووزنها، وكونها صحاحًا وجيادًا فجاز السلم فيها.

فصل

يجوز السلم فى اللحم بصفة معلومة خلافًا لأبى حنيفة(٣)، لأنه يضبط بالصفة فيقال: لحم ضأن معلوف من كبش أو من خروف أو لحم معز، وإن اختلفت الأغراض فى مواضعه من الشاة من صدر أو فخذ أو جنب ذكر.

فصل

يجوز السلم فى الرءوس والأكارع خلافًا لأبى حنيفة(٤) ولأحد وجهى الشافعى(٥) لأنه يصح ضبطها بالصفة من السمانة والجنس وفروع هذا الباب كثيرة وجملها قد ذكرناها.

فصل

وإنما قلنا: يجب أن يكون مقدراً بكيل معلوم أو وزن أو عدد أو غيره من المقادير على حسب المسلم فيه وما يعرف به مقداره عند أهله لينتفى عنه الغرر بالجهل ويحصل العلم لكل واحد للبائع بما اشتغلت به ذمته وللمسلم بما يطالب به وما عاوض عليه،

---

(١) الهداية للمرغينانى (٣/٧٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الموصلى: (ولأبى حنيفة أن اللحم يتفاوت تفاوتًا فاحشًا بكبر العظم وصغره فعلى هذا لا يجوز أصلاً)، الاختيار للموصلى (٢/٤٥)، الهداية للمرغينانى (٣/٧٩).

(٤) الهداية للمرغينانى (٣/٧٩)، الاختيار للموصلى (٢/٤٥).

(٥) قال النووى: (لا يجوز السلم فى رءوس الحيوان على الأظهر والأكارع كالرءوس قلت: فإذا جوزناه فى الأكارع فمن شرطه أن يقول من الأيدى والأرجل)، روضة الطالبين (٤/٢٢)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/٢٤١).

وراعينا عادة أهل كل بلد فى معرفة مقادير السلم عندهم لأنهم إن حملوا على خلافه دخلت الجهالة لأن قصدهم من معرفة المبلغ الوجه الذى ألفوه بينهم.

فصل

وإنما قلنا: يجب أن يكون رأس المال معلومًا بمثل ماله وجب ذلك له فى الطرف الآخر، لأنه أحد الطرفين فى السلم اعتبارًا بسائر البياعات.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون رأس المال نقدًا لأنه متى كان مؤجلاً دخله الدين بالدين، وإنما قلنا: إن قبضه فى مجلس العقد ليس بشرط وأنه يجوز تأخيره اليوم واليومين بغير شرط التأجيل لأن ذلك لا يخرجه إلى الدين بالدين، إذ لابد من استثناء مدة يمكن فيها وزن المال ونقده، وجرى العادة بتراخى الوزن والإقباض عن وقت الإيجاب والقبول، ولأن من ابتاع ثوبًا بنقد فتأخر قبض الثمن يومًا أو يومين لم يخرجه ذلك عن النقد ولم يدخل فى حيز الأجل.

فصل

وإنما قلنا: إن الأجل شرط فى السلم وأنه لا يجوز أن يكون حالاً خلافًا للشافعى[1]، لقوله ﷺ: «فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم»[2]، ولأن السلم إنما جوز ارتفاقًا للمتعاقدين لأن المسلم يقدم الارتخاص والمسلم إليه يرغب فى إرخاص الثمن للرفق الذى له فى استعجال الانتفاع به، وفى الصبر والتأخير، فوجب أن ما أخرج ذلك عن بابه ممنوع لأنه إذا كان حالاً زال هذا الرفق.

فصل

ووجه قوله: إنه يجوز إلى الأجل القريب والبعيد قوله ﷺ: «إلى أجل معلوم»[3] فعم، واعتبارًا بالأجل البعيد، ولأنه معنى يشترط فى السلم، فجاز قليله وكثيره، أصله مقدار المسلم فيه، ووجه قوله: إنه لا يجوز إلا إلى أجل تختلف فى مثله الأسواق أن

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٣٩٥)، روضة الطالبين (٤/ ٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

المقصود من السلم الارتفاق من انتفاع البائع بتقديم المال والمسلم بما يرتخصه ليحصل له من تغير الأسواق واختلافها ما يريده، وإذا أضربا أجلاً لا يوجد فيه هذا المعنى لم يحصل الرفق المقصود فكان فى معنى الحال.

فصل

وإنما قلنا: إن الأجل يكون معلومًا لقوله تعالى: **﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾** [البقرة:٢٨٢]، قال ابن عباس: هو السلم، وقوله ﷺ: «إلى أجل معلوم»[1]، ولأن الجهل بمدة السلم غرر كالآجال فى الديون.

فصل

ويجوز السلم إلى الحصاد والجذاذ وقدوم الحاج خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، لأنه وقت يعرف فى العادة لا يتفاوت اختلافه كقولك إلى شهر كذا وكذا أو إلى النيروز أو المهرجان[4].

فصل

وإنما قلنا: إن شرطه أن يوجد المسلم فيه عند الأجل لأن الغرض بالسلم حصول المسلم فيه بإزاء العوض المبذول فى مقابله، فإذا لم يوجد عند المحل كان غرراً وعائداً بالجهل لأنه إما أن يفسخ العقد فيرجع المسلم بالثمن على غرر أو يصبر إلى وقت وجوده، وذلك انتقال من أجل إلى أجل ويصير كمن عقد على عين الغير والبائع لا يقدر على تسليمها، وكل ذلك غير جائز.

فصل

وإنما لم يجعل وجوده عند العقد شرطًا فى صحة العقد خلافًا لأبى حنيفة[5] لقوله

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٨١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٤٢).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٧).

(٤) النيروز أول يوم من السنة معرب (نوروز) قدم إلى «على» شىء من الحلاوى فسأل عنه فقالوا: للنيروز، فقال: نيرزو تأكل يوم وفى المهرجان قال مهرجونا، القاموس المحيط (٢/ ١٩٤).

(٥) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٨٠).

ﷺ: «فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[١] فعم، ولأنه وقت لا يجب التسليم فيه فلم يضر فقده فيه أساسًا بين العقد والأجل.

فصل

وإنما قلنا: إن الأولى أن يذكر الموضع الذى يسلم فيه ليزول التخاصم بين المتبايعين ويكونا قد دخلا على معرفة بذلك، وقلنا: إن تركا ذكره لم يضر لأن الأمر يحمل على العرف فى مثل ذلك فيصير العرف كالمشترط.

فصل

إذا عقد السلم على الشروط التى ذكرناها صح وجازت المسامحة بعد ذلك من أحدهما للآخر ما لم يعد ينقض أصله أو بذريعة إلى فعل محظور من بيع وسلف أو وضع وتعجيل أو معاوضة على إسقاط ضمان [أو بيع طعام قبل قبضه][٢] أو بيع طعام بطعام متأخر أو ما أشبه ذلك من الوجوه الممنوعة، فمتى أدت المسامحة إلى شىء من ذلك لم يجز وإن سلمت منها فهى جائزة ونحن نبين من ذلك ما ينكشف به ما ذكرناه فيه.

فصل

وإذا أسلم فى حنطة موصوفة إلى الأجل، فلما حل أراد أن يأخذ بمكيلتها صنفًا أعلى منها أو أدون أو شعيرًا أو سلتًا فلا بأس بذلك، فإن كان ذلك قبل المحل فلا يجوز، والفرق بين الموضعين أن الأجل إذا لم يحل فأخذ الدون وضع وتعجيل، لأن التقديم غير مستحق له، فإنما رضى بدون شرطه لتعجله وأخذ الزيادة فى مقابلة إسقاط الثمن عند البائع لأنه يخاف إن بقى فى ذمته إلى وقت أجله ارتفاع أسواقه وغلاء ثمنه وتلزمه كلفة إلى ذلك الوقت فى حفظه وتعهده ويعلم أنه لا يلزم المسلم قبوله قبل الأجل، فتكون الزيادة فى مقابلة جميع هذا، وإذا حل الأجل أمن من ذلك كله لأنه إن كان أخذ الدون فذلك مسامحة لأنه ليس بمتعجل شيئًا لا يستحقه لأن الأجل قد حل وإن أخذ الأعلى فذلك مسامحة من المسلم إليه، لأنه لا يستحق عليه ببقية السلم فى

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

ذمته زيادة على الأجل فيحمل ذلك عليه، فبان الفرق بينهما وإن كان ذلك فى غير الجنس أو النوع امتنع فى الطعام وجاز فى غيره لأنه إذا أسلم إليه فى كر[1] حنطة، فلما حل الأجل أعطاه مكانه عدسًا أو أرزًا أو حمصًا أو غير ذلك من أنواع الطعام أو العروض أو الحيوان لم يجز شىء من ذلك لأنه بيع الطعام قبل قبضه وقصد المتاجرة والمغابنة وخروج عن المعروف والمسامحة.

وأما فى غير الطعام فيجوز كأنه أسلم إليه فى عشرة أثواب قصب بصفة معلومة وغزل معروف، فلما حل الأجل رجع إليه عنها شيئًا من غير جنسها مثل الطعام أو الحيوان، فإنه يجوز لأنه بيع الثياب المسلم فيها قبل قبضها وذلك جائز بخلاف الطعام، وهذا إذا قبض الشىء الذى يتقل إليه فإن لم يقبضه وكان فى ذمة المسلم إليه لم يجز لأنه يصير دينًا بدين، فأما إن دفع إليه قبل حلول الأجل مثل طعامه فى الكيل والصفة فله أن يقبله وله أن لا يقبله خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يلزمه أن يقبل العروض وكل ما سوى الحيوان[2]، لأن الأجل فى السلم حق لهما، فلما كان المسلم لو طالب به قبل حلول أجله لم يلزم المسلم إليه دفعه لأنه فى ذلك إسقاط حقه من تبقيته فى ذمة المسلم إليه وضمانه وأن يسقط عنه حفظه ومراعاته، فإذا ثبت ذلك وتراضيا على أخذه قبل الأجل جاز لأنه مسامحة من أحدهما للآخر.

فأما الذهب والفضة فيلزم من تدفع إليه قبل محلها أخذها بخلاف غيرها من الطعام والعروض لأنه لا يرجى فيها من تغير الأسواق واختلاف الأسعار ما يرجى فى سائر المثمنات ولا يحتاج إلى حفظ ولا مراعاة ولا تلزم عليها مؤونة ولا يخاف عليه فساد، فكان الأجل فيها حقًا ينفرد به من هى عليه والله أعلم، وهذا الذى ذكرناه فى الذهب والفضة يستوى فيه البيع والقرض، فأما ما عداه فالأجل فى المعاوضة حق لهما لا يلزم أحدهما قبول ما يتعجل منه إلا برضاه، وفى القرض حق المستقرض وحده، فإن عجله لزم المالك قبوله.

---

(١) الكر. بالعلم مكيال للعراق أو هو ستون قفيزًا أو أربعون أردبًا، القاموس المحيط (٢/ ١٢٦).

(٢) قال النووى: (فإن أتى به المسلم إليه قبله فامتنع من قبوله قال جمهور الأصحاب: إن كان له غرض فى الامتناع بأن كان متذهب أو كان حيوانًا يحتاج علفًا أو ثمرة أو لحمًا يريد أكلها عند المحل طريًا أو كان يحتاج إلى مكان له مؤنة كالحنطة وشبهها لم يجد على القبول وإن لم يكن له غرض فى الامتناع فإن كان للمؤدى غرض سوى برآءة الذمة بأن كان به رهن أو كفيل أجبر على القبول على المذهب)، روضة الطالبين (٤/ ٣٠).

فصل

وإذا أسلم فى طعام أو عرض إلى أجل ودفع الثمن فلما حل الأجل أخذ البعض وأقال من الباقى فلا يجوز ذلك لأنه ذريعة إلى البيع والسلف، وذلك أن التهمة تقوى فى أنهما تواطئا على البيع والسلف وسمياه بيعًا ليتطرق بذلك إلى جوازه كأنه قال له بعنى عشرة أكرار بمائة دينار، فقال: لا أفعل إلا أن تسلفنى مائة دينار. [فقال: إن البيع والسلف لا يجوز ولكن يجعل السلم فى عشرين كرًا بمائتى دينار][1]، فإذا حل الأجل أقلتك من عشرة أكرار وأخذت عشرة فينتفع البائع بثمن العشرة ثم يرد بدله فيصير بيعًا وسلفًا، ولا يجوز إلا أن يكون الإقالة فى الشىء اليسير الذى لا يخاف منه ذلك ولا تقوى التهمة لأجله مثل أن يسلفه فى عشرين كرًا فيقيله من كر ونصف كر أو الأمر الخفيف، فهذا لا يقوى التهمة إلا أن يكونا قصدا بيع عشرين كرًا بمائتى دينار لينتفع بدينار أو بخمسة، وكذلك لو أقاله من النصف وكان رأس المال معيبًا فرده بعينه، فيعلم أنه لم ينتفع به بأن ذلك جائز غير ممنوع لأن الإقالة تصرف إلى الرفق وإعواز الإتمام أو غيره من الأعذار.

فصل

فإذا باع شيئًا من الطعام كله أى طعام كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه بثمن إلى أجل فلا يجوز أن يأخذ بثمنه عند أجله ولا قبل أجله ولا بعده طعامًا لا من جنسه ولا من غير جنسه إلا أن يكون من جنس ما باعه بعينه بمثل مكيلته وعلى صفته فيجوز.

وإنما قلنا ذلك لأنه يكون ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام متأخرًا وتسمية الثمن لغوًا، وإذا كان من نوع طعامه فى الكيل والجودة والصفة جاز لأن الأمر لا يحمل على طعام بطعام [متأخرًا][2] قصدًا للنساء إذ لا فائدة فيه فيتهمان أنهما قصدانها، وإنما يُنَزَّل على القرض أو الإقالة.

فصل

السلم فى الطعام من قرية بعينها أو ثمرة حائط بعينه على ضربين: إن كان مما يخلف

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) سقط من (أ).

ولا يؤمن تلفه فلا يجوز لأن ذلك غرر، وكالسلم فى العين وذلك غير جائز، فإن كان مما لا يخلف فى العادة ولابد أن يسلم أو أكثره، وإن جاز تلف بعضه فلا بأس مثل أن يسلم فى عشرة أكرار تمر برنى من أعمال البصرة فيجوز لأن التعيين ليس يفيد أكثر من التعريف ووصف النوع[1] المسلم فيه، كما لو قال: أسلفتك فى عشرة أكرار حنطة بصفة كذا من حنطة الشام أو المشرق لجاز للعادة الجارية لأن الأقليم الذى أضافه إليه لا يختلف.

فصل

والتفاضل فى المبيعات كلها على ضربين: منها ما يحرم نقداً أو نساء وهو القوت وما فى معناه والأثمان فقط، ومنه ما يحرم نساء ولا يحرم نقداً، وعلة ذلك عندنا الجنس بمجرده فلا يجوز فى شىء من الأشياء اثنان بواحد من نوعه إلى أجل على وجه والجنسية المعتبرة فى ذلك: اتفاق الأغراض والمنافع واختلافهما، فمتى اتفقت لم يجز بيع اثنين بواحد من النوع الذى اتفقت فيه إلى أجل على وجه وما اختلفت جاز، وإن كان جنس الخلقة والنسبة يجمعهما كالغنم التى جنسها واحد وبعضها يراد للحم وبعضها يراد للبن، فإن كان الغرض فيهما واحداً لم يجز التفاضل مع النساء، وكذلك العبيد يجوز العبد الرومى الذى يراد للحرث والزراعة بالعبدين من جنسه يرادان لغير ما يراد له من المنافع ومثله البازل[2] من الإبل الذى يراد للحمولة والراحلة باثنتين من القلاص المرادة للحم، وكذلك سائر الحيوان والعروض.

وقال أبو حنيفة: الجنس بمجرده علة منع بيع بعضه ببعض نساء[3].

وقال الشافعى: كل ما لاربا فى نقده جائز بيع بعضه ببعض نساء جنساً كان أو جنسين[4].

فالخلاف مع أبى حنيفة فى جواز بيع الواحد من جنسه ونوعه إلى أجل، فدليلنا على جوازه قوله عز وجل: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة:٢٧٥]، وحديث عبد الله بن عمر

(١) ثبت فى (ب) (العين).

(٢) البازل. البعير إذا طلع نابه وذلك فى تاسع سنيه وليس بعده سن تسمى، القاموس المحيط (٣/ ٣٣٤).

(٣) الاختيار للموصلى (٢/ ٣٦ ـ ٣٧)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٨).

(٤) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٨١).

أنه: «ﷺ أمره أن يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة»[١]، وروى ذلك عن على[٢]، وابن عمر[٣]، ولا مخالف لهما، ولأن كل عينين لا يحرم التفاضل فى نقد أحدهما وهما على ضروب من اختلاف الصفات تختلف معها منافعها وتتباين الأغراض فيهما، فإن أسلم أحدهما فى الأخرى جار، أصله الجنسان لأن الثور الذى يصلح للحرث والدراس يراد لقوته وعمله وذلك غير الغرض الذى يراد له لثور المعلوف الذى لا يراد إلا للسمانة واللحم وذلك بيِّن فيما قلناه.

فصل

ودليلنا على الشافعى قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥] والربا الزيادة، ونهيه ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[٤]، وهذه المسألة من الذرائع وهى ممنوعة عندنا ومعناها أن يمنع الشىء الجائز إذا قويت التهمة فى التطرق به والتذرع إلى الأمر المحظور، وقد وافقونا فى ذلك على مسائل منها قرض الجوارى وغيرها، ووجه الذريعة فى هذا [الموضع][٥] أنه يكون قرضًا يجر نفعًا كأن أحد الرجلين يقول للآخر: أقرضنى فرسًا أو ثوبًا من صفته كذا وأرد عليك ثوبين مثله إلى شهر فيقول: إن هذا قرضًا يجر نفعًا وذلك ممنوع ولكن أبيعك ثوبًا بثوبين فيحصل من ذلك استعمال القرض فى الباطن بلفظ البيع فمتى أجزناه حصل منه ذريعة إلى الممنوع لقوة التهمة فيه.

---

(١) تقدم تخريجه من حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٥٢) ح (٥٩)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٧١) ح (١٠٥٣٠).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٥٢) ح (٦٠)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٧١) ح (١٠٥٣١).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٧) ح (٣٣٥٦)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢٩) ح(١٢٣٧)، وقال: حسن صحيح، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٥٧)، (باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٦٣) ح (٢٢٧٠).

(٥) ثبت فى (أ) (الممنوع).

باب

القرض[1] جائز لأنه فيه خير وبر ولأنه ﷺ اقترض[2] وندب إلى القرض وقال: «كل معروف صدقة»[3].

فصل

ويجوز إقراض الذهب والورق والعروض والحيوان كله سوى الإماء، وإنما قلنا ذلك لأن القرض لا يؤدى إلى محظور فى هذه الأشياء، فجاز فعله وأجزناه فى سائر الحيوان خلافًا لأبى حنيفة[4] لأنه ﷺ استقرض بكراً فقضى رباعيًا[5]، ومنعناه فى الإماء خلافًا لداود وغيره[6]، لأنه ذريعة استباحة فرج بغير نكاح ولا ملك فكان فى معنى العارية لأن المقترض يطأ الأمة ثم يردها فيلزم المالك قبولها ويصير مبيحًا لوطئها، ولأنها منفعة لا تستباح بالعارية فلم تستبح بالقرض كوطء الزوجات.

فصل

وإذا ثبت ذلك فإن اقترض أمة ردها ما لم يطأها اعتباراً بسائر ما يقترض لأن قبول رده حق للمستقرض فيلزم المقرض قبوله، فإن وطئها لم يجز له ردها لأنه متى ردها حصل منه إباحة فرج بغير نكاح ولا ملك ولزمته قيمتها لربها لأنه وطء بشبهة أسقطت عنه الحد فوجب تقويمها عليه لتتكامل الشبهة فى درء الحد عنه اعتباراً بوطء بينه وبين غيره.

---

(١) القرض لغة القطع سمى المال المدفوع للمقترض قرضًا لأنه قطعه من مال المقرض، وشرعًا عرفه ابن عرفة بقوله: دفع متمول فى عوض غير مخالف له لا عاجلاً، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ٢٢٢).

(٢) تقدم تخريجه من حديث أبى رافع: «أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً...».

(٣) أخرجه البخارى: الأدب (١٠/ ٤٦٢) ح (٦٠٢١) ومسلم: الزكاة (٢/ ٦٩٧) ح (٥٢/ ١٠٠٥).

(٤) قال صاحب الفتاوى: ولا يجوز فيما ليس من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب والعدديات المتفاوتة، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٠١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر المغنى لابن قدامة (٤/ ٣٥٥ ـ ٣٥٦).

فصل

القرض الجار للنفع حرام لنهيه ﷺ عنه[١]، فإن تطوع المقترض من غير شرط ولا عادة بزيادة فى صفة أو عدد جاز لأنه ﷺ اقترض بكراً فقضى رباعيًا وقال: «خياركم أحسنكم قضاء»[٢]، وروى أن ابن عمر اقترض من رجل دراهم فرد عليه خيراً منها فامتنع من أخذها وقال: هذه خير من دراهمى، قال ابن عمر: فإن نفسى طيبة بها[٣].

فصل

وأما السفاتج[٤] فمنعها مالك وأجازه غيره فينظر: فإن كان ذلك لنفع الآخذ فلا بأس مثل أن يقرض رجل رجلاً دنانير ببغداد والمقترض بلده البصرة فيقول المُعطى: أنا أقرضك هذه الدراهم هاهنا ببغداد وتدفعها إلى وكيلى بالبصرة أو أجىء أنا البصرة فآخذها منك حتى لا تحتاج إلى تكلف السفر بها، فهذا جائز لأنه جميل ولا نفع للمعطى، فإن كان النفع فيه للمعطى مثل أن تكون عليه دراهم بالبصرة ويريد أن ينقدها إلى هناك دراهم فيخاف غرر الطريق فيقرضها لمن يدفعها إلى غريمه بالبصرة فيربح هو نفقة الطريق والغرر، فلا يجوز لأنه قرض يجر نفعًا ومن أجازها علله بأنه ليس لها حمل ولا مؤنة.

فصل

إذا لم يشترط بالقضاء موضعًا لزم المقترض القضاء فى الموضع الذى أقرض فيه لأن غيره من المواضع تكليف للمقترض ومؤونة وخسران والتزام وغرر، وكذلك للمقترض إن كان القرض نفعًا [للمقترض]، وذلك غير جائز فإن لقيه فى موضع آخر فأخذه به لم يلزمه ذلك ولكن يخرج معه إلى الموضع الذى اقترض منه فيه أو يوكل من يقضيه فى

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/ ٥٧٣) ح (١٠٩٣٣)، وانظر نصب الراية (٤/ ٦٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٨١) ح (٩٠)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٦٧٦) ح (١٠٩٤٤).

(٤) جمع سفتجة: بفتح السين المهملة والتاء المثناة فوق بينهما فاء ساكنة وبالجيم: هى كتاب لصاحب المال إلى وكيله فى بلد آخر ليدفع إليه بدله، وفائدته: السلامة من خطر الطريق ومؤنة الحمل، المطلع (ص/ ٢٦٠).

ذلك الموضع، فإن اتفقا على القضاء فى بلد آخر، فإن كان بعد محل الأجل جاز لأن ذلك رفق من الباذل والقابل، وإن كان قبله لم يجز لأنه فى مقابلة التعجيل.

فصل

وإذا أقرضه إلى أجل لم يكن له مطالبته قبل الأجل خلافًا للشافعى[١] لقوله ﷺ: «كل معروف صدقة»[٢]، وقوله ﷺ: «الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه»[٣]، ولأن الأجل قد صار حقًا للمقترض فأشبه الأجل فى السلم.

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخارى: الهبة (٥/ ٢٧٧) ح (٢٦٢١)، ومسلم: الهبات (٣/ ١٢٤١) ح (٧/ ١٦٢٢).

باب

وإذا أسلم فى عرض ثمنًا معلومًا ثم أراد بيعه من المسلم إليه قبل قبضه، فإن باعه بمثل ثمنه أو أقل منه جاز وإن كان بأكثر لم يجز.

وإنما قلنا ذلك لأنه لا تهمة فى أن بيعه بمثل الثمن أو أقلَّ منه لأنه يزن درهمًا ويأخذه بعد مدة لأن ذلك الدرهم لا زيادة عليه أو دونه وكأنه أقاله أو ندم فباعه بنقصان، وإذا باعه بالزيادة اتهم أن يكون أقرضه دراهم بأكثر منها إلى أجل وتسمية القرض الذى سمَّياه لغوًا لم يتحصل وذلك ذريعة إلى الربا.

فصل

ويجوز أن يبيعها من غير بائعه بمثل ثمنه أو أقل أو أكثر يدًا بيد لأن غير البائع لا تهمة بينه وبينه، ولا يجوز أن يؤخر الثمن عليه لئلا يكون دينًا بدين.

فصل

إذا باع سلعة بثمن إلى أجل ثم أراد أن يشتريها من الذى باعها إياه فلا يخلو أن يشتريها نقدًا أو إلى أجلها أو إلى أجل أبعد من أجلها، ثم لا يخلو أن يشتريها بمثل ثمنها أو بأقل أو بأكثر، فهذه سبعة أقسام: يمنع منها قسمان فقط ويجوز باقيها والذى يحقظ منه أن يئول أمره إلى أن يزن درهمًا ويأخذ بعد مدة أكثر منه، فهذا القدر هو الممنوع وهو أن يبيعها بمائة إلى شهر فيبتاعها نقدًا أو إلى دون الشهر بثمانين أو إلى شهرين بمائة وعشرين، ففى هذين الموضعين يمنع لأنه إذا ابتاعها نقدًا بثمانين حصل منه أنه وزن ثمانين وأخذ بعد مدة مائة وتسمية الثمن والبيع لغوًا، وكذلك إذا ابتاعها إلى شهرين بمائة وعشرين حصل منه أنه يأخذ من المشترى بمائة ويعطيه بعد مدة مائة وعشرين وذلك ذريعة إلى الربا فيجب منعه، خلافًا للشافعى[1] فى قوله: إنه جائز، وذلك لو جار لأبيح التذرع إلى الربا والعينة، وهى أن يقول الرجل للرجل: ابتع لى هذه السلعة بعشرة دنانير وأنا أربحك دينارًا، فيفعل ذلك فيحصل منه قرض عشرة بأحد عشر من غير حاجة البائع إلى السلعة، وإنما تذرع بها إلى قرض الذهب بأكثر منها، وإذا

(١) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٤٠٥).

وجدنا فعلاً من الأفعال يقع على وجه واحد لا يختلف إلا بالنية من فاعله وظاهره واحد ولم يكن لنا طريق إلى تمييز مقاصد الناس ولا إلى تفصيل أغراضهم وجب حسم الباب وقطع التطرق إليه، فهذا وجه بنائها على الذريعة، ولأن الصحابة سلكوا هذه الطريقة فى منع البيع فى هذه المسألة؛ لأن ابن عباس سئل عن رجل باع سلعة بمائة ثم اشتراها بخمسين، فقال: الدراهم بالدراهم متفاضلة، والسلعة دخلت بينهما[١]، وهذا نص قولنا، ونكتة المسألة حديث زيد بن أرقم: أن أم ولده باعته جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشترتها بعد ذلك بستمائة فقالت لها عائشة رضى الله عنها: بئس ما [شريت][٢] وبئس ما اشتريت أبلغى زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب فقالت: فما أصنع؟ قالت عائشة رضى الله عنها: قال الله تعالى: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾ [البقرة:٢٧٥]، واشتهرت هذه القصة والإنكار من الصحابة[٣] ولم يختلف عليها أحد فيه، وإذا ثبت منع ذلك فقد ذكرنا أن هذه الأقسام سوى هذين القسمين لا تمنع فيها، أما شراؤه إياها بمثل الثمن ولا تهمة فيه سواء كان نقدًا أو إلى أجل أو إلى ما بعده لأنه وزن درهمًا وأخذ مثله أو أخذ درهمًا ورد مثله، وكذلك شراؤها إلى الأجل بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر لأنه لا تهمة فيه [ولأنه لم يزن درهمًا ويلقى بها مرة أكثر منه فيتهم والنقد لا تهمة فيه][٤]، وإنما التهمة فى التأخير أن يكون دفع بالقليل الذى لم يأخذه طول المدة ثم يزن بعد المدة أكثر منه، فأما فى الحال فلا تهمة فيه، وشراؤها نقدًا بأكثر من الثمن أو إلى أجل بعد الأجل بأقل منه لا تهمة فيه، لأنه يزن درهمًا ويأخذ بعد مدة أقل منه أو يأخذ درهمًا ويرد بعد مدة أقل منه والله أعلم.

فصل

والعينة ممنوعة لأنها ذريعة إلى الربا وقرض دراهم بأكثر منها، صفتها: أن يسأل الرجل أن يبتاع له سلعة ليست عنده فيقول له: اشترها لى من مالك بعشرة دنانير نقدًا وهى لى باثنى عشر إلى شهر كذا فهذا ذريعة إلى الربا على ما ذكرناه.[٥]

(١) أثر آخر.

(٢) ثبت فى بعض النسخ (ما اشتريت)، وما أثبتناه من (أ) بالرجوع إلى مصدر الحديث.

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى. فى البيوع (٥/٥٣٩) (الحديث ١٠٧٩٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/٨٨).

باب

بيع الثمار يقع على وجهين: أحدهما قبل بدء الصلاح فيها، والآخر بعده، فأما قبله فلا يخلو أن يقع على أحد ثلاثة أوجه: إما أن يقع بشرط القطع أو بشرط التبقية أو مطلقًا، فأما بيعها بشرط القطع فجائز من غير خلاف[١] لانتفاء الغرر فيها، ولأنه باع شيئًا قبل قبض المشترى عقيب العقد من غير مراعاة لأمر يخافه مع التبقية.

فصل

وأما بيعها بشرط التبقية فباطل من غير خلاف[٢]، والأصل فيه نهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى[٣]، وروى أنه ﷺ: «نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، قيل: وما تزهى: حتى تحمر أو تصفر»[٤]، وقال: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٥]، ولأن الغرر يكثر فيها والانتفاع يقل بها، والآفات والعاهات لا تؤمن عليها فى تبقيتها، وهذه فائدة قوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٦]، فإذا تتابع طيبها أمنت الآفات عليها فى الغالب وقلّ الغرر فيها، فجاز بيعها.

فصل

وأما بيعها مطلقًا فغير جائز خلافًا لأبى حنيفة[٧]، «لنهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها»[٨] فعم، وروى: «أنه ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يَسْوَدَّ والحب حتى

(١) المغنى لابن قدامة (٤/ ٢٠٢).

(٢) المغنى لابن قدامة (٤/ ٢٠٢).

(٣) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٦٠) ح (٢١٩٤) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٥) ح (٤٩/ ١٥٣٤).

(٤) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٦٥) ح (٢١٩٨) ومسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٠) ح (١٥/ ١٥٥٥).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) انظر الفتاوى الهنديه (٣/ ١٠٦).

(٨) تقدم تخريجه.

يَشتَد»[١]، والنهى يدل على فساد المنهى عنه، وتعليق الحكم بغاية يفيد مخالفة ما قبل الغاية لما بعدها، ولأنه عقد على ثمرة مقدرة قبل بدو الصلاح، من غير شرط القطع فلم يصح أصله إذا كان يشترط التبقية.

فصل

فأما بيعها بعد بدو الصلاح فإنه أيضًا لا بد وأن يقطع على أحد الثلاثة [الأوجه][٢]: فإن بيعت بشرط القطع فجائز من غير خلاف، لأنه إذا جاز ذلك قبل بدو الصلاح فبعده أولى، وإن بيعت بشرط التبقية جاز أيضًا خلافًا لأبى حنيفة[٣] لقوله عز وجل: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولنهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها فأطلق، ولأن الإطلاق جائز باتفاق وهو مقتضى للتبقية فاشتراطها تأكيد لمقتضى الإطلاق.

فصل

فإن بيعت على الإطلاق فجاز أيضًا من غير خلاف، والإطلاق يقتضى التبقية ولذلك منعناه قبل بدو صلاحها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يقتضى القطع[٤]، لقوله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٥] ومنع الثمرة ذهابها بجائحة أو آفة من السماء، وذلك إنما يخاف على ثمرة تبقى ويستدام تبقيتها ويؤمن فيما يشترط فيه القطع، ولأن الإطلاق فى العقود محمول على العرف فيكون كالمشترط بدليل وجود ذلك فى النقد والسير والحمولة وغيرها وفى نقل ما ينقل من المبيعات والعرف فى الثمار إذا بيعت تبقيتها إلى وقت الجذاذ والإدراك فوجب حمل الإطلاق على ذلك.

فصل

بدو الصلاح فى الثمار يختلف بحسب اختلاف الغراس، ففى النخل بأن يحمر أو

---

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٥١) ح (٣٣٧١)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢١) ح (١٢٢٨) وقال: حسن غريب، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٤٧) ح (٢٢١٧).

(٢) هكذا فى النسخ ولعل الصواب (أوجه).

(٣) الفتاوى الهنديه (٣/ ١٠٦).

(٤) الفتاوى الهندية (٣/ ١٠٦).

(٥) تقدم تخريجه.

يصفر البسر وفى العنب أن يَسْوَدّ إن كان مما يَسْوَد أو تدور الحلاوة فيه إن كان أبيضًا، والتين والبطيخ وغيرهما إدراكه وبلوغ أكله، والبقول تمام نباتها وأن ينتفع بها إذا قطعت فى العادة، وقد وردت السنة بأن بدو الصلاح فى الثمار الزهو وهو فى النخل أن يصفر أو يحمر وفى العنب حتى يسود[١]، وروى «أنه ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم»[٢].

فصل

إذا بدا الصلاح فى نخلة من بستان جاز بيع جميع نخل ذلك البستان، وكذلك إذا بدا فى نوع من الثمار كان ذلك كبدوه فى جميع ذلك النوع، وهذا إذا كان طيبًا متتابعًا ولم يكن مبكرًا والمراعى فيه بلوغ الزمان الذى تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبًا، لأن لو لم يُجَوِّز ذلك إلا بأن يعم الصلاح الحائط لحق فيه ضررًا عظيمًا ومشقة شديدة، ولا يكاد يلحق الآخر إلا بفساد الأول، فأما الطيب المبكر فلا اعتبار به لأنه لا يحصل معه الأمن من الآفة لسبقه الزمان الذى يؤمن ذلك فيه، ولأنه ﷺ قال: «حتى يبدو صلاحها»[٣] أراد الصلاح المأمون المعتاد.

فصل

يجوز أن يباع ما يجاور المراح بطيبه وصلاحه خلافًا للشافعى[٤]، لأنه إذا جاز بيع ما فى المراح بطيب بعضه جاز بيع ما حوله بطيبه لأنه لا فصل فى ذلك إلا قيام الجدران، بدليل أنها لو قلعت لارتفع المنع وذلك لا يؤثر، ولأن الزمان الذى تؤمن فيه الآفة غالبًا حاصل.

فصل

لا يجوز بيع صنف من الثمار بطيب غيره كالرطب والعنب لأنها متفاوتة فى الإدراك والتلاحق تفاوتًا شديدًا فلم يكن طيب بعضها دالاً على تلاحق غيره وتخلصه من الآفة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ «نهى عن بيع الثمر حتى يطيب»، أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٥٢) ح (٢١٨٩)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٧) ح (٥٣/ ١٥٣٦)، والطبرانى فى الكبير (١١/ ١١) ح (١٠٨٧٠)، واللفظ له.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٩٦).

فصل

يجوز بيع المقاثى والمباطخ[١] إذا بدا صلاح أولها وإن لم يظهر ما بعده، وكذلك الأصول المغيَّبة فى الأرض كالجزر والفجل والبصل وما أشبه ذلك، خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لقوله عز وجل: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأن الغرر إذا دعت الحاجة إليه وكان قليلاً جاز البيع معه ولو لم يجز فى مسألتنا البيع لجملة المقثات والمبطخة حتى يظهر إلى أحد أمرين: إما أن تفرد الموجود بالبيع، وهو إنما يؤخذ أولاً فأول، وذلك يؤدى إلى اختلاط ما ظهر بما لم يظهر، لأن خروجه متتابع فليس يؤخذ الأول إلا وقد خرج بدله ويشق التميز بين الثمرين أو أن لا يباع إلا بعد ظهور جميعه، وفى ذلك إضاعته وإفساده، فدعت الحاجة إليه مع قلة الغرر فيه، ولأن قد اتفقنا على جواز بيع ما لم يبد صلاحه من الثمار تبعًا لما قد بدا صلاحه، وكذلك يجوز بيع ما لم يخلق تابعًا لما قد خلق.

فصل

والورد والياسمين جائز بيعه إذا حان قطافه والانتفاع به ويكون ما بعد ذلك للمشترى إلى آخر إبَّانه كما ذكرنا فى المقاثى والمباطخ، وأما الموز فلا بد فيه من ضرب أجل لأنه يبقى سنين عدة فيحتاج إلى ضرب أجل ليعلم مقدار المبيع منه وكذلك القرظ[٤] والقصب لا يجوز بيعه حتى يفنى، لأن مدة بقائه مجهولة، ويجوز بيعه عدة جزات، ولا يجوز أن يشترى الكتان ويستثنى حبته ولا القرظ ويستثنى برسيمه إذا كان ذلك قبل جفاف الحبِّ واستغنائه عن الماء، لأن ذلك بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية، ويجوز ذلك إذا كان قد استغنى عن الماء ويبس، ولأنه موجود مشاهدة.

فصل

بيع الحنطة فى سنبلها مفردة عن السنبل غير جائز بالإجماع، وأما بيع السنبل إذا يبس

---

(١) يقصد بها المزروعات التى لا تعلو ولكن يذهب على وجه الأرض. القاموس المحيط (١/ ٢٥٧).

(٢) الفتاوى الهنديه (٣/ ١٠٦).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥٥٨ ـ ٥٥٩).

(٤) القرظ ورق السَّلَمَ أو ثمر السنط، القاموس المحيط (٢/ ٣٩٧).

واستغنى عن الماء فجائز خلافًا للشافعى[١] لما روى أنه ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض[٢]، [وروى: «عن بيع الزرع حتى تبيض»[٣]][٤]، ولأنه مأكول دونه حائل من أصل الخلقة هى كالباقلاء فى قشرته السفلى.

فصل

يجوز بيع الجوز والجلوز واللوز والباقلاء فى قشره الأعلى، وبه قال أبو حنيفة[٥] وقال الشافعى: لا يجوز[٦]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأنه مأكول فى أكمام من أصل الخلقة فجاز بيعه كالرمان والموز، ولأن الضرورة تؤدى إلى ذلك لأن بالناس حاجة إلى بيعه رطبًا لأنه ليس كل أحد يمكنه أن يجفف ثمرته وفى نزع قشرته إفساد له فلم يبق إلا جواز البيع.

فصل

وإذا ابتاع أصل نخل وفيها ثمر، فإن كان قد أبر[٧] فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، وإن كان لم يؤبر فهو للمبتاع من غير شرط وإن استثناه البائع لم يجز، وقال الشافعى: يجوز[٨]، وقال أبو حنيفة: والثمرة فى الحالين للبائع قبل الإبار وبعده ولا يكون للمبتاع إلا بشرط[٩]، ودليلنا قوله ﷺ: «ومن ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه

(١) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٩٩)، روضة الطالبين (٣/ ٥٦١).

(٢) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٦٥) ح (٥٠/ ١٥٣٥)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٠) ح (٣٣٦٨)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢٠) ح (١٢٢٧)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٨) (باب بيع السنبل حتى يبيض).

(٣) لم أجده فى مظانه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٠)، الاختيار للموصلى (٢/ ٧).

(٦) روضة الطالبين (٣/ ٥٥٢)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٠١).

(٧) قال الشيخ الدرديرى: (والتأبير خاص بالنخل وهو تعليق طلع الذكر على الأنثى لئلا تسقط ثمرتها وأما التأبير فى غيره من الثمار فهو بروز جميع الثمرة عن موضعها وغيرها عن أصلها، وأما الزرع فإباره أن يظهر على وجه الأرض، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ١٧١ ـ ١٧٢).

(٨) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ١٦١)، المهذب (١/ ٢٧٨).

(٩) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٨)، الاختيار للموصلى (٢/ ٦).

المبتاع»[1] فشرط فى كونه للبائع أن يؤبر، فدل على أنها قبل التأبير ليست له، ولأنه كامن فى أصل الخلقة فوجب أن يتبعه فى البيع [بمقتضى العقد كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع][2]، وإنما قلنا: إن البائع إن استثناها لم يجز لأنها قبل الإبار كامنة غير ظاهرة، فهى كالجنين فى بطن أمه واستثناء الجنين إذا بيعت الأم غير جائز.

فصل

إذا أبر بعضها ولم يؤبر البعض، فإن كانا متساويين كان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ففيهما روايتان:

إحداهما: أن الأقل تبع للأكثر، والأخرى: أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى.

فوجه الأولى: أن الأصول موضوعة على الغالب على أن القليل تابع للكثير فوجب حمل هذا الموضع عليها، ووجه الثانية عموم الخبر واعتباراً بالعراجين.

وإنما قلنا: إنهما إذا كانا متساويين لم يتبع أحدهما الآخر لأنه ليس لأحدهما مزية على الآخر بكثرة فيتبعه.

فصل

ما عدا النخل من سائر الأشجار فعلامة التأبير فيها أن تورد الشجر ثم ينعقد الورد ثمراً، فيثبت البعض ويسقط البعض مما لم ينعقد فيها، فيكون ذلك كالإبار فى النخل.

فصل

إذا اشترى أرضًا وفيها زرع صغير لم يظهر ولم يبد صلاحه ولم يذكره فى عقده ففيها روايتان: إحداهما أنه للبائع، والأخرى أنه للمبتاع، فإذا قيل: للمبتاع فاعتباراً بالثمرة، وإذا قيل: إنه للبائع فلأنه عين وضعت فى الأرض على غير التأبيد بل على النقل والاسترجاع كالمال المدفون فى الأرض.

مسألة

يجوز بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر جزافًا لأنها مشاهدة وتسرى وتحرز ولا

---

(١) أخرجه البخارى: البيوع (٤/٤٦٩) ح (٢٢٠٤) ومسلم: البيوع (٣/١١٧٢) ح (١٥٤٣/٧٧).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

يجوز بيعها بالخرص[1] لأنه غرر لا حاجة تدعو إليه واعتباراً ببيع الصبرة، ويجوز بيع جزء منها مثل نصفها أو ثلثها وربعها للضرورة إلى بيعها فى رءوس النخل على ما هى عليه، ولأن المبيع معلوم والمستثنى المبقى على الملك معلوم، ويجوز أن يستثنى منها جزءاً معلومًا، كما يجوز أن يبتدأ فى بيع ذلك الجزء المبقى باسمه من غير استثناء إذ العوض معلوم، ولو قال: بعتك هذه الثمرة إلا ربعها فهو كقولك: بعتك ثلاث أرباع الثمرة فيصح، ولا فرق فى ذلك بين القليل والكثير إلا قبح اللفظ، وذلك غير مؤثر، وأما استثناء الكيل فيجوز عندنا مما بينه وبين الثلث فقط، خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى فى منعهما ذلك فى الكيل فى القليل والكثير[3]، فإن ذلك عمل متصل بالمدينة مستفيض بين الصحابة والتابعين أنهم كانوا يفعلونه إذا باعوا حوائطهم، ولأنه استثناء قدر معلوم، فصح البيع معه، أصله استثناء الجزء ولا تدخل عليه الزيادة على الثلث لأن التعليل لإلحاق أحد النوعين بالآخر.

فصل

وإنما فصلنا بين ما زاد على الثلث، وبين ما قصر منه لأن ما قصر عنه فى حيز القليل فلا يُبطل غرض المشترى، ولأنه لا يؤدى إلى الجهل بالمبيع ومقداره.

فصل

إذا باع ثمرة حائط واستثنى نخلات منه، فذلك على وجهين: أحدهما أن يعين ما استثناه، والآخر أن لا يعينه: فإن عيَّن ما استثنى فذلك جائز لا يختلف المذهب فيه لأن البيع يتناول ما عدا تلك الأعيان المستثناة، وإن لم يعين وكان ذلك معلقًا على الاختيار، فلا يخلو أن يشترط الخيار للبائع أو للمشترى، فإن كان للبائع جاز إن كان بقدر ثلث الثمرة، مما يجوز له أن يستثنيه كيلاً، وإن كان للمشترى فلا يجوز لأن غرض المشترى لا يحصل له ويصير المبيع مجهولاً.

فصل

اختلفت الروايات عن مالك فى استثناء الجلد والسواقط فى الشاة المبيعة: فروى عنه

(١) الخرص الحزر والاسم بالكسر كم خرص أرضك، القاموس المحيط (٢/ ٣٠٠).
(٢) الاختيار للموصلى (٢/٦)، الهداية للمرغينانى (٣/٢٩).
(٣) روضة الطالبين (٣/٥٥٩)، الحاوى الكثير للماوردى (٥/٢٠١).

منعه على الإطلاق، وروى عنه: إجازته في السفر دون الحضر[1]، وقال المحققون من أصحابنا: إن هذا كله اختلاف أحوال وليس باختلاف قول، والمذهب أن الأسقاط إذا كانت لها قيمة وبال يأخذ قسطًا كبيرًا من الثمن فإن استثناها فهو غير جائز في سفر ولا حضر، لأن استثناء الكثير يعرض الصفقة للغرر واستثناء اليسير لا يوجب ذلك، وإذا كانت يسيرة القيمة لا خطب لها فإن استثناءها جائز لقلة الغرر، والمنع والإباحة يتبع هذا المعنى، وإنما نص على الحضر بالمنع، وعلى السفر بالإباحة ليجرى العادة بكثرة القيمة في الحضر وقلتها ودناءتها في السفر.

فصل

وإنما قلنا: إن استثناءها جائز في الجملة لأنه ﷺ لما هاجر ومعه أبو بكر رضى الله عنه مروا براعٍ فاشتروا منه شاة وشرطوا له رأسها وأسقاطها، وروى ذلك عن زيد بن ثابت وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم، ويجوز استثناء اليسير من لحمها كالأرطال اليسيرة ولا يجوز زيادة على ذلك لأنه يؤدى إلى الجهل بالمبيع كالثمرة ولا يستثنى منها فخذًا ولا يدًا، لأن ذلك يكثر الغرر فيه بخلاف السواقط.

فصل

يجوز أن يشترى الرجل ثمرًا مكيلاً من حائط بعينه، وقد بدا صلاحه بثمن معجل أو مؤجل معلوم، فإن فنى استيفائه ما ابتاعه منه أخذ بقيمة رأس ماله أو غيره مما يتراضيان عليه في الحال ولا يؤخراه.

وإنما قلنا ذلك لأنه بيع عين وليس بسلم لأنه يتعلق بالذمة فجاز في الحائط المعين بالثمن المعجل والمؤجل.

وإنما قلنا: يأخذ بقيمة رأس ماله، لأن العين إذا تعذرت التوفية بها بطل العقد فيها ولا يلزم أن يدفع إليه بقيته لأن العقد لم يتناول شيئًا في الذمة.

وإنما قلنا: إن لهما أن يتراضيا على شيء يفسخه فيه، لأن ذلك ليس ببيع الطعام قبل قبضه لأنه إذا لم يبق له ما يأخذه تبينًا أنه لم يملك ما لم يبق له فانفسخ العقد فيما بقى، وقلنا: لا يؤخراه لئلا يكون دينًا بدين.

---

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٦٨٢).

باب

العرية[1] جائزة وهى: أن يهب الرجل ثمرة نخله أو نخلات أو شجرة له من رجل، ولا يجوز لمن أعريها أن يبيعها حتى يبدو صلاحها، فإذا بدا صلاحها جاز له بيعها من كل أحد بالذهب والفضة والعروض، ومن مُعريها خاصة بخرصها ثمرًا يدفعه إليه عند الجذاذ فى خمسة أوسق فدونها ولا يجوز ذلك فى زيادة عليها فى حق كل واحد مما عرى، بأن كان الجميع يزيد على خمس وسق بعد أن لا تزيد عرية كل واحد على ذلك.

وإنما قلنا: إن العرية هبة ثمر النخل أو الشجر لأن العرية فى اللغة: الهبة، قال أهل اللغة: العرية والمنحة والعطية بمعنى واحد، تقول: عروّ الرجل أعرُوه إذا أتيته تلتمس ثمرة، وقيل أيضًا: إنها مأخوذة من تخلى الإنسان عن ملكه وعُرُوه منه كأنه عرى منه، ومنه قوله عز وجل: ﴿فنبذناه بالعراء﴾ [الصافات: ١٤٥] بالموضع الخالى المنكشف[2]، وعند أبى حنيفة أنها الهبة على ما قلناه إلا أنه قال: يجوز أن يعطيه بها ثمرًا لأنها لم تجب لعدم القبض، فله أن يأخذها منه ويعطيه الثمر ابتداء، وعند الشافعى: أن العرية بيع الرطب فى رؤوس النخل بثمن يتعجله[3].

فصل

وإنما قلنا: إنها ليست ببيع لما قدمناه من الأدلة على أن معناها الهبة فى اللغة، وإنما قلنا: إنه لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها لنهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها[4]، فعم الثمرة الموهوبة وغيرها، وإنما قلنا: إنه يبيعها بما شاء من الثمن سوى الطعام بسائر الثمار المملوكة بالشراء أو بأصل الملك أو بميراث أو غير ذلك، وإنما قلنا: إنه يجوز بيعها

---

(١) قال ابن عرفة: العرية: ما منح من ثمر ييبس، وقال المازرى: هى هبة الثمرة، وقال عياض: منح ثمر النخل عامًا، وقال الباجى: هى النخلة الموهوب ثمرها، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٨٩).

(٢) الاختيار للموصلى (٢/ ٣٠٣).

(٣) الأم للشافعى (٣/ ٤٩)، الحاوى الكبير (٥/ ٢١٤).

(٤) تقدم تخريجه.

من معريها خاصة بالثمر لأن النبى ﷺ أرخص فى العرايا بأن تباع بخرصها تمراً[١]، وإنما جاز ذلك فى المعرى خاصة لأنه يريد قطع تطرق المعرى عليه فى دخوله إلى حائطه، فيجوز ذلك للرفق به، وهذا لا يوجد فى غيره، وإنما قلنا: لا يجوز أن يقال: وإنما ابتداء بيع الرطب [فى رءوس النخل بالتمر لنهيه ﷺ عن بيع الرطب][٢] بالتمر، ولأن العرية اسم للهبة على ما بيناه دون البيع.

وإنما قلنا: يأخذه عند الجذاذ لأن الحديث بذلك ورد، ولأن القصد منها الرفق دون المغابنة والمتاجرة، ولا يجوز تعجله لأن ذلك يبطل فائدة الرخصة فيها واستثناءها من بابها، وإنما يكون على وجه كفاية المعرى القيام بسقيها وتعهدها ومؤونتها، فإذا كان وقت الجذاذ يدفعها إليه، فيكون قد زاد فى إحسانه إليه بذلك.

وإنما قصرناها على الخمسة الأوسق فدونها اتباعًا للحديث، ولأنها لما كانت مخصوصة ومستثناة من بابها وجب أن يحد بقدر لا يكون ذريعة إلى اختلاطها بالأصل الممنوع لأن هذا حكم كل بعض مستثنى من جملة.

وإنما قلنا: إنه لا بأس بالزيادة على ذلك فى حق الجماعة المُعْرِينَ، لأن عرية كل واحد قائمة بنفسها لا تتعلق بعرية غيره، فجاز فى كل واحد ما جاز فى الآخر.

مسألة

إذا ابتاع ثمراً فأجيحت[٣] بآفة من السماء من برد أو ريح أو ثلج أو جراد أو عفن أو غير ذلك فأصيبت ثلث مكيلتها فصاعداً وضع عنه من ثمنها بقدر المجتاح منها فمصيبتها فيما دون الثلث من المشترى، وذلك ما دامت مجتاحة إلى تبقيتها فى رءوس النخل، والأصل فى وجوب وضع الجوائح - خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى[٥] - ما روى أنه

(١) أخرجه البخارى: المساقاة (٥/ ٦٠) ح (٢٣٨٠) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٩) ح (٦٠/ ١٥٣٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أى: أصابتها جائحة.

(٤) قال الكاسانى: (أما إذا سمى دخل الثمر مع الشجر فى البيع وصار للثمرة حصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لأنه لما سماها فقد صارت مبيعًا مقصود الورود فعل البيع عليه حتى لو هلك الثمن قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشترى كما لو هلك الشجر قبل القبض، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٦).

(٥) قال الإمام الشافعى: (وإذا اشترى الرجل الثمرة فخلى بينه وبينها فأصابتها جائحة فلا نحكم =

ﷺ أمر بوضع الجوائح[١]، وقال ﷺ: «من ابتاع من أخيه ثمرة فأصابتها جائحة فلا يأخذ من ثمنها شيئًا فبم يأخذ مال أخيه بغير حق»[٢]، وهذا نص، ولأن بيع الثمار على رءوس النخل فى معنى الإجارة لأنها تؤخذ أولاً فأولاً كالمنافع التى تستوفى أولاً فأول، فقد ثبت أن المنافع إذا تلفت قبل مضى المدة كانت من ضمان المكرى كذلك الثمار، ولأن التخلية بمجردها لا يكون قبضًا فى الثمار بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع، ولأن البائع ليس له المطالبة بنقلها إلى الجذاذ، فعلم أنها غير مقبوضة وإن وجدت التخلية، ولأنها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها فى النخل، فإذا تلفت بآفة سماوية كانت من بائعها كالتلف بالعطش.

فصل

وإنما راعينا ثلث الثمرة دون ما قصر عنه لأن المشترى دخل على أنه لابد من تلف يسير بأكل العافى والمجتاز وسقوط اليسير وأكل الطير، وغير ذلك مما يعلم بضرورة العادة أن المشترى لم يدخل على سلامتها منه، ولأنه ﷺ لما أمر بوضع الجوائح، وكانت الجائحة اسمًا لما أتلف جُلَّ الشىء أو ما له خطر وبال منه دون اليسير الذى لا يطلق على المال التالف منه أنه جائحة فيه صح ما قلناه، فإذا ثبت ذلك احتيج فى الفصل بين القليل والكثير إلى حد يفصل به بينهما، فكان الثلث أولى لأمرين: أحدهما أنه إذا ثبت وجوب الفصل فلا حد سواه يصير إليه قائل، والآخر أنه قد اعتبر فى الفصل بين القلة والكثرة فى غير موضع من الشرع منها: الوصية والمحاقلة وحمل العاقلة والحجر على المرأة فى مالها لحق زوجها وغير ذلك، فكذلك هاهنا.

فصل

وإنما راعينا تلف الثلث من المكيلة ـ خلافًا لأشهب ـ فى مراعاة تلف ثلث القيمة لأن كل مصيبة فى مبيع وجب بها[٣] الرجوع على البائع فى الثمن فالاعتبار بقدرها من المبيع

= له على البائع أن يضع عنه من ثمنها شيئًا، الأم للشافعى (٣/ ٥٠).

(١) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١١٩١) ح (١٧/ ١٥٥٤)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٢) ح (باب وضع الجوائح).

(٢) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٠) ح (١٤/ ١٥٥٤)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٤) ح (٣٤٧٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٢) (باب وضع الجوائح).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٦٨٦).

أصله تلف المبيع المشاع قبل القبض، ووجه قول أشهب أن وضع الجائحة لئلا يستبد البائع بالثمن من غير عوض يحصل للمشترى، فإذا أصيب ما قيمته أكثر من ثلث الثمن، فذلك أخذ مال المشترى بغير عوض.

فصل

وإنما اشترطنا حاجتها إلى بقائها على النخل لأن وضع الجائحة فى الحال التى تبقى للمبتاع فيها حق توفية على البائع، وذلك حال حاجتها إلى بقائها على النخل، فإذا استغنت سقط حق التوفية فلم تبق على المبتاع عهدة يجب بها الرجوع.

فصل

وفى البقول ثلاث روايات[1]: إحداها أنها كالثمر ووجهها اعتبارها بالثمار، والثانية أن يوضع قليلها وكثيرها ووجهها عموم الخبر وافتراقها عن الثمار للعادة وجريها بذهاب يسير الثمرة وانتفاعها فى البقول، والثالثة أنه لا يوضع لها شىء لأنها تخرج غير محتاجة إلى تبقية فى موضعها، والأول هو القياس والله أعلم.

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٦٨٦).

باب

والتفاضل ممنوع فى بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة على أى صفة كانا أو أحدهما من نقار[١] أو مضروب أو مصوغ أو مكسور أو جيِّد أو ردىء، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل ووزنًا بوزن، وقد دللنا على ذلك فيما تقدم.

فصل

يجوز بيع الحلى المكسور جزافًا ولا يجوز بيع الدنانير والدراهم جزافًا، لأن أصل الجزاف غرر، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[٢]، إلا أنه فى الحلى تدعو الضرورة إليه ويخف أمره ويكثر فى المضروب للتشاح فيه، ولأن السكة الخفيفة أنق عن الناس عن الثقيلة، فكان القصد فيه إلى الغرر.

فصل

ولا يجوز فى الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة ولا فى أحد الجنسين بالآخر أن يتأخر القبض عن العقد بحال ولا يقبل فى ذلك حوالة ولا حمالة ولا نظرة لقوله ﷺ: «إلا ها وها يدًا بيد»[٣]، [وإن طال بينهما المجلس من غير تقابض بطل العقد خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى فى قولهما: أن العقد لا يبطل بترك التقابض ما لم يفترقا[٥] بقوله: «ها وها يدًا بيد»[٦]][٧] وهذا لم يوجد، ولأن القبض قد تراخى عن العقد فأشبه إذا افترقا.

---

(١) جمع نقرة: وهى القطعة المذابة من الذهب والفضة. القاموس المحيط (٢/١٤٧).

(٢) أخرجه البخارى: البيوع (٤/٤٤١) ح (٢١٧٤) ومسلم: المساقاة (٣/١٢٠٩) ح (٧٩/١٥٨٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الاختيار للموصلى (٢/٤٨)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٩٠).

(٥) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٧٧)، روضة الطالبين (٣/ ٣٨١).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فصل

يجوز في الذهب والورِق اقتضاء أحدهما من الآخر إذا حلا لحديث ابن عمر قال: كنا نبيع الإبل بالبقيع فنأخذ مكان الذهب الفضة ومكان الفضة الذهب، فسألنا رسول الله ﷺ، فقال: «لا بأس إذا كان بسعر يومه»[١]، ولأن الحالَّ في حكم الحاضر، فجاز ذلك فيه ولا يجوز قبل حلوله لأنه يكون ذهبًا متأخرًا.

فصل

ولو كان لرجل على رجل ذهب حالَّة وللآخر عليه مثلها جاز، أن يتطارحاها صرفًا خلافًا لأبي حنيفة[٢] والشافعي[٣]، لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[٤]، ولأن الحال كالمقبوض فكان كالعين بالعين سواء.

فصل

وإذا وجد في أحد الثمنين نقصانًا، فإن رضي به جاز لأن الثمن يكون بقدر ما حصل معه، وإن طلب التمام انتقض الصرف لأن القبض يكون متأخرًا عن العقد، وكذلك إن وجد زائفًا أو رديئًا، فإن رضي به وإلا بطل الصرف ثم ينظر فإن كان [سمًّا لكل دينار سعرًا معلومًا انتقض صرف دينار واحد لأن كل دينار معقود عليه بنفسه عقدًا يستغني به عن ضم غيره إليه وإن كان][٥] سمًّى للجملة ثمنًا لم تسقط التسمية على حساب كل دينار انتقض جميع الصرف لأن العقد واحد للجميع.

فصل

إذا اقترض دراهم أو دنانير أو فلوسًا أو باع بها بيعًا ثم غيرت سكتها وصار النقد

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٧) ح (٣٣٥٤) والترمذي: البيوع (٣/ ٥٣٥) ح (١٢٤٢)، والنسائي: البيوع (٧/ ٢٤٩) (باب أخذ الورق من الذهب).

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاساني، (٥/ ٢١٨).

(٣) قال الإمام الشافعي: (فلا يجوز أن يتطارحاها صرفًا لأن ذلك دين بدين وقال مالك رحمه الله تعالى: إذا حل فجائز. وإذا لم يحل فلا يجوز، (الأم للشافعي (٣/ ٢٨).

(٤) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢١١) ح (٨١/ ١٥٨٧)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٦) ح (٣٣٥٠).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

غيرها فله مثل ما اقترض أو باع وليس له النقد الجديد لأن النقد إذا تقرر وانبرم لم يبطل بالتعامل بغيره، ولأن أكثر ما في ذلك أن يرخص ذلك النقد أو يغلى، وذلك غير مؤثر كما لو رخص أو غلا والنقد باق في التعامل به.

فصل

ومن اقترض من صيرفى أو غيره ذهبًا ونسبها إلى قيمتها من الدراهم أو دراهم ونسبها إلى قيمتها من الذهب، فليس له عليه إلا ما قبض [لأن ذلك هو الذى يستحق عليه][1] دون القيمة، ولأنا لو طالبناه بالقيمة لصار صرفًا بنسيئة.

فصل

بدل الدينار الناقص بالوازن أو الدرهم الناقص بالوازن على وجه الرفق والمعروف جائز يدًا بيد لأن كسر السكة غير جائز، والمعروف يجوز فيه ما لا يجوز فى غيره، وهذا إذا لم يعرض ما يمنع منه من اختلاف الفضتين والغرض بهما وأن يخاف كون غرضهما التبايع لا المعروف.

فصل

لا يجوز بيع ذهب وفضة بذهب ولا بيع تمر وبر ببر، وعقد هذا الباب: أن كل جنس فيه الربا إذا بيع بمثله فلا يجوز أن يكون مع أحد الجنسين غيره ولا معهما جميعًا وسواء كان الغير مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع صاع تمر وثوب بصاعى تمر، فيكون أحد الصاعين فى مقابلة الصاع والثوب فى مقابلة الصاع الآخر، وكذلك دينار وثوب بدينارين[2].

وإنما منعنا ذلك لحديث فضالة بن عبيد قال: أُتِىَ النبى ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير، فقال ﷺ: «لا حتى تميز بينهما»، قال: إنما أردت الحجارة، فقال: «لا حتى تميز بينهما»[3] وهذا نص، ولأن مقابلة جنس آخر

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب) و (هـ).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٤٩)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٩٢).

(٣) أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١٢١٣) ح (٩٠/ ١٥٩١)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٤٦) ح (٣٣٥١) ولفظه عند أبى داود، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٤٧) ح (١٢٥٥).

لأحدهما أو لهما يمنع المماثلة لأن الذهب المتفـردة ليس فى مقابلتها ذهب مثلها وإنما فى مقابلتها ذهب وعرض، وهذا ضد المماثلة، ولأن الـصفقة إذا تناولت أشياء كانت جملة [الثمن فى مقابلة الجميع][1] منقسطة على المبلغ والقيمة، فإذا تبايعا ديناراً وثوبًا بدينارين حصلت جملة الدينار والثوب فى مقابلة الدينارين، ولا نأمن أن تكون قيمة الثوب ديناراً أو أكثر من دينار فيـؤدى ذلك إلى أن يكون دينار فى مقابلة أقل من دينار وذلك ربا لأن الجهل بالتماثل بمعنى تحقق التفاضل.

فصل

لا يجـوز ديـنار ذهب جـيِّد وديناريـن من ذهب ردىء بدينارين دون الجـيِّد وفـوق الردىء، وكذلك فى التمر لا يجـوز صاع معقلى[2] وصاع دقلى[3] بصاعين من برنى[4] خلافًا لأبى حنيفة[5]، لأن التفاضل فى القيـمة فى المماثلة يمنعها ويصيـر كالتفاضل فى الوزن، لأن هذا إنما رضى أن يزن الدينار المتـوسط ويأخذ الدون لمكان الجيِّد الذى مـعه ولولا ذلك لم يفعل، وكذلك إنما رضى بأخذ الدقلى بدلاً من الـبرنى لأجل ما معه من المعقلى، والآخـر إنما رضى بأخذ البرنى بدل المعقلى لأنه يأخـذ صاحبه مـعه دقلاً وكل ذلك تخاطر وقصد للمـغابنة، ولأن الثمن ينقسط على الجملة فتـمتنع المماثلة، وأما إن كانت الرديئة فى جهـة والجيِّدة فى جهة فيجوز لأن الـقصد من ذلك المعروف والرفق لا المتاجرة.

فصل

المراطلة[6] بالذهب جائزة، وهى أن يوضع أحد الذهبين فى كفة والآخر فى كفة بغير صنجة[7]، فإذا استوى لسـان الميزان بينهما أخذ كل واحد منهمـا ذهب صاحبه بدلاً من ذهب نفسه لأن التـماثل يحصل بهما كمـا لو كان بصنجة ولا يراعى فى ذلك إلا الوزن

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) المعقلى نوع من أنواع الرطب.

(٣) الدقل أردأ أنواع التمر، القاموس المحيط (٣/ ٣٧٦).

(٤) البرنى تمر معرب أصله برنيك، القاموس المحيط (٤/ ٢٠١).

(٥) الهداية للمرغينانى (٣/ ٩٢)، الاختيار للموصلى (٢/ ٤٩).

(٦) المراطلة: بيع ذهب به وزنًا أو فضة كذلك، شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٤١).

(٧) الصنجة ما يتخذ للميزان، القاموس المحيط (١/ ١٩٧).

دون العدد، فإن كان إحدى الذهبين أكثر عدداً أو أقل وهما متساويان فى الوزن فلا بأس.

فصل

ولا يجوز أن ينضم إلى الصرف عقد بيع إلا أن يكون يسيراً على وجه التبع لأن الصرف ضيِّق بابه وغُلِّظ فيه واختص بأحكام لا يوجد فى غيره، فإذا انضم إليه غيره فاحتيج إلى اعتباره به، وذلك غير جائز فإن كان يسيراً جاز لأن الضرورة تدعو إليه مثل أن يصرف ديناراً بعشرة دراهم، فيعجز الدرهم أو النصف فيدفع إليه عرضاً بقيمته أو يزيد الدينار والدرهم وكسره غير جائز فهاهنا يجوز للضرورة لأنه يعلم أن البيع غير مقصود.

فصل

يجوز شراء المعادن من الذهب والفضة الجنس منهما بخلافه ولا يحق بجنسه خلافاً للشافعى فى منعه أصل البيع[1] لقوله عز وجل: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأنه مرئى محزور ومعلوم بالعادة مقدر فى غالب الحال فجاز بيعه وإن لم يعلم حقيقة وزنه كالجزاف.

فصل

ولا يجوز شراء تراب الصاغة خلافاً لمن أجازه[2] لأنه غرر إذ لا يعلم هل فيه شىء أم لا ولو علم أن فيها شيئاً لم يظهر ولم يعلم قدره ولا حزره، وذلك غرر مجهول.

---

(١) انظر الأم للشافعى (٣/ ٢٩).

(٢) قال ابن قدامة: (وقال ابن أبى موسى فى الإرشاد: ويجوز ذلك وهو قول مالك وروى ذلك عن الحسن والنخعى وربيعة والليث قالوا: فإن اختلط أو أشكل فليبعه بعرض ولا يبعه بعين ولا ورق لأنه باعه بما لا ربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوبًا بدينار ودرهم، المغنى (٤/ ١٨١).

باب

بيع الغرر[١] غير جائز لنهيه ﷺ عنه[٢]، والغرر يكون بوجوه: منها الجهل بجنس المبيع كقولك: بعتك ما فى كمى أو صندوقى أو كفى، ويجوز أن يكون فى كمه جوزة أو لوزة أو بيضة، ويجوز أن يكون فيه درة أو ياقوتة، ومنها الجهل بصفة المبيع وإن عرف جنسه مثل أن يسلم إليه فى عبد أو ثوب ولا يذكر نوعه ولا صفته، ومن هذا الباب بيع الساج[٣] فى جرابه والثوب المطوى، فإذا عرف جنسه وصفته جاز وخرج عن الغرر، ومنه بيع الملامسة والمنابذة التى نهى رسول الله ﷺ عنه[٤] وبيع الحصاة[٥]، والملامسة أن يجب البيع بلمس الرجل الثوب وإن لم يبينه ولا عرف ما فيه، والمنابذة أن ينبذ الرجل ثوبه إلى الآخر وينبذ الآخر ثوبه إليه، فيجب البيع بينهما بذلك من غير أن ينشر الثوبين ويقفا على ذرعهما وكذلك بيع الحصاة كانوا فى الجاهلية إذا أعجب الرجل الثوب ترك عليه حصاة فيجب البيع بذلك ولا يكون له رد سواء وجده صحيحًا أو معيبًا، وقيل: كان الرجل يسوم بالثوب وبيده حصاة فيقول لصاحبه: إذا سقطت هذه الحصاة من يدى فقد وجب البيع، هذه البيوع من بيوع الجاهلية.

ومن بيع الغرر المزابنة: وهو بيع معلوم بمجهول من جنس أو مجهول بمجهول من جنس وقد بيناها، فإن كان ذلك مما فيه الربا حرم لأجل التفاضل وإن كان مما لا ربا فيه كان خطرًا أو قمارًا إلا أن يتبين الفضل، فيجوز لأنه يخرج حينئذٍ عن التخاطر، ومن الخطر أن يبيعه جزافًا يعلم كيله ولا يعلمه به فيدخل المبتاع على ذلك.

ومن أنواع الغرر ما لا يقدر على تسليمه كالآبق[٦] والضالة والمغصوب والطير فى

---

(١) قال المازرى: الغرر ما تردد بين السلامة والعطب، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الساج. الطيلسان الأخضر أو الأسود، القاموس المحيط (١/ ١٩٥).

(٤) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٤٢٠) ح (٢١٤٦)، ومسلم: البيوع (٣/ ١١٥١) ح (١/ ١٥١١).

(٥) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٥٣) ح (٤/ ١٥١٣)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٢) ح (٣٣٧٦)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٢٣) ح (١٢٣٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٣٠) (باب بيع الحصاة) وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٣٩) ح (٢١٩٤).

(٦) أبق العبد أبقًا وإباقًا ذهب بلا خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب، القاموس المحيط (٣/ ٢٠٨).

الهواء والسمك فى الماء وكل هذا لا يجوز بيعـه لأنه لا يقدر على تسليمه ثم لا يخلو أن تكون صفة الـبيع معلومة لهمـا أو مجهولة، فـإن كانت معلومة والغـرر من وجه واحد وهو العجز عن التسليم إلا أن يباع الآبق والضالة ممن قد وجدهما وحصلا تحت قبضته، والمغصوب من غاصبه ولم يبعد عداهما عن مالكها أو يثبت عنده بقـاؤهما على صفاتها أو عرف ما انتقلا إليـه فيجوز حينئذ بيعه لهـما وإن كانت صفاتهما غيـر معلومة للمالك دخل بيعهما الغرر من وجهين الجهل والعجز عن التسليم.

ومن هذا البـاب بيع الأجنة واستـثناؤها وبيع حـبل الحبلة وهو نتـاج ما تنتج النـاقة والمضامـين وهو ما فى ظهور الفحـول، فهذا يجـمع الأمرين الجهل بالمبيع والعـجز عن التسليم.

ومنه أيضًا السلم إلى أجل لا يوجد فيه المسلم فيه فيعجز المسلم إليه عن تسليمه.

ومن وجوه الغرر الجهل بالثمن، إمـا فى جنسه أو فى مقداره أو أجله، وكذلك فى [المثمن][1]، فأما فى الجنس فمـثل أن يبيعه بما يحكم به زيد أو يسمـيه عمرو أو يقع فى يده من رقاع يكتب فـيها عدة أثمان أو يخـرج به السهم فى قرعة، أو مـا أشبه ذلك فى المقدار مثل ما يخرج به سعر اليوم ومـا يبيع به فلان متاعه، وفى الأجل نحو قدوم زيد وزفاف عمرو وموت فلان وما أشبه ذلك.

ومن هذا الباب بيـعتان فى بـيعة: وصـفته أن يبـيعه هذا الثـوب إما بعشـرة نقدًا أو بخمسة عشر إلى أجل على أنه قـد وجب بأحد الثمنين، فأما إن كان على أنه إن رضى أجاز وإن لم يرض ردَّ ولم يجب، فـذلك جائز لأن العـقد لم يجب فلا يحـصل غرر، وقد يقع على وجوه أُخَرْ، ومن الغرر بيع اللحم فى جلده والحنـطة فى تبنها، وما أشبه ذلك ومن وجوه الغرر ما لا ترجى سلامته كالمريض فى سياقه وما لا يدرى هل يسلم أم يتلف ولا أمـارة على ذلك تغلب على الظن مـعهـا سلامتـه مثل بيع الثمار قـبل بدو صلاحها، وأبواب الغرر كثيرة وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه منها على ما أهملناه، ولا خلاف أن يسيره لا يمنع صحة البيع وإن ما تدعو الحـاجة إليه منه معفو عنه وأن الذى يمنع ما زاد على ذلك.

---

(١) ثبت فى بعض النسخ (المثمون) وما أثبتناه من (ب).

فصل

يجوز بيع الأعمى وشراؤه خلافًا للشافعي[1]، وذلك إذا كان يعرف ما يوصف له وسواء كان بصيرًا فعمي أو ولد أعمى لقوله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقياسًا على البصير بعلل إما لأن كل من جاز تسليمه جاز بيعه للأعيان أو لأن كل من صح أن يوكل في البيع صح أن يليه بنفسه.

فصل

لا يجوز بيع الإنسان على بيع أخيه، وذلك إذا أركن إليه وقرب اتفاقهما على تقدير الثمن ولم يبق إلا العقد أو قريب منه، فأما إن كان في أول الغرض وابتداء السوم قبل التقدير والركون فلا بأس والقول فيه وفي فسخه إن وقع كالقول في النكاح وقد بيناه.

فصل

بيع النجش[2] غير جائز وصفته: أن يزيد التاجر في الثمن لا لنفسه بل ليغر غيره فينزل على مزايدته، فهذا لا يجوز لنهيه ﷺ عنه[3]،وإن وقع فسخ خلافًا لأبي حنيفة[4] والشافعي[5]، لأن النهي يقتضي على الفساد، ولأن فيه مضرة على الناس وإفساد لمعايشهم لأن من عادة الناس أن يركنوا إلى زيادة التاجر ويعتقدوا أنها تساوي ما يبذلونه

---

(١) قال الشيرازي: إن باع الأعمى أو اشترى شيئًا لم يره فإن قلنا: إن بيع ما لم يره البصير لا يصح؛ لم يصح بيع الأعمى وشراؤه، وإن قلنا يصح ففي بيع الأعمى وشرائه وجهان، المهذب (١/ ٢٦٤)، المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٠٢).

(٢) قال الفيروزآبادي: (النجش أن تواطئ رجلاً إذا أراد بيعًا أن تمدحه أو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعة فتساومه فيها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها أو أن ينفر الناس عن الشيء إلى غيره، القاموس المحيط (٢/ ٢٨٩).

وقال الشيخ: إنه قال مالك: النجش أن تعطيه في سلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك شراؤها فيقتدي بك غيرك. ثم نقل المازري وغيره أن الناجش الذي يزيد في سلعة ليقتدي به غيره، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٥).

(٣) أخرجه البخاري: البيوع (٤/ ٤١٣) ح (٢١٤٠) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٥٥) ح (١١/ ١٥١٥).

(٤) في أنه يرى كراهة النجش فقط قال الموصلي (والبيع جائز لأن النهي ليس لمعنى في العقد وشرائطه بل لمعنى خارج فيجوز)، الاختيار (٢/ ٣٢)، الهداية للمرغيناني (٣/ ٥٩).

(٥) روضة الطالبين (٣/ ٤١٦)، المهذب للشيرازي (١/ ٢٩١).

فيها وذلك فساد وضرر فوجب فسخه.

فصل

ولا يجوز تلقى السلع قبل أن تورد الأسواق لنهى النبى ﷺ عن ذلك[١]، وفائدته ألا يستبد الأقوياء بها دون الضعفاء ومن لا قدرة له على مشاركتهم، وإذا ثبت المنع منه فمن فعل ذلك خيِّر بقية أهل الأسواق فى أن يشاركوه فيما اشتراه أو يتركوه له، ولا يبيع حاضر لبادٍ لأن النبى ﷺ نهى عن ذلك وقال: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[٢]، وفائدة ذلك أن فيه إضراراً بالناس لأن أهل البادية لا يعرفون الأسعار ويضر بهم بيع ما يجلبونه بالرخص كما يضر بأهل الحضر شراؤه بالغلاء لأن أهل الحضر لا يصلون إليه إلا بعوض وأموال أهل البدو جُلُّها من المباح الذى يؤخذ بغير عوض فيجب أن يقدم النظر لأهل الحضر عليهم، فإذا باع لهم السماسرة والتجار باعوا بالأسعار الغالية والأثمان المستوفاة فأضر ذلك بالحاضرة.

وإذا ثبت منع ذلك فقيل: يفسخ إن وقع، وقيل: لا يفسخ، فوجه الفسخ عقوبة لفاعله للنظر العام، ولأن قصده قطع أرزاق الناس، ووجه الإمضاء فلأن الفساد منتف عنه من جهة العقد أو المعقود عليه، وإنما هو لحق الآدميين على وجه الرفق والإعانة، فأما أن يكون قطع حق آدمى متعين فلا، وأما الشراء لهم فقال مالك: لا بأس به اعتباراً بالشراء لغيرهم لأن الحاضر يعرف ثمن ما يبيعه فلا يستضر بمن يشترى منه الحاضر للبادى بخلاف البيع لهم، وقال بعض أصحابه: لا يشترى لهم وهو والبيع سواء، ووجه هذا أنهم لا يعرفون الأسعار فيبذلون فيما يشترونه أكثر مما يبذلونه إذا تولى لهم التجار فيضر بالحاضرة كالبيع لهم.

فصل

التسعير[٣] على أهل الأسواق غير جائز لأن الناس مالكون لأموالهم والتصرف فيها

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٥٧) ح (٢٠/ ١٥٢٢)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٦٨) ح (٣٤٤٢) والترمذى: البيوع (٣/ ٥١٧) ح (١٢٢٣)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٢٤) (باب بيع الحاضر للبادى)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٣٤) ح (٢١٧٦).

(٣) هو تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدراً للمبيع بدرهم معلوم. شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٥٦).

فلا يجبـرون على بيعها إلا بما يخترونه، ولأن النـبى ﷺ امتنع من التسعير لما سـئل فيه فقيل له: لو سـعرت لنا، فقال: «إن الله هو القـابض والباسط والمغلى والمرخص وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم عندى مظلمة ظلمته إياها فى عرض ولا مال»[١].

فإذا ثبت ذلك فالذى يخاف ضرره بعقد التسعير هو الزيادة فيه وهذا يمكن حسمه بأن يقـال لمن يحط السعـر: إما أن تلحق بالـناس، وإما أن تنصـرف، ومثـاله أن يكون بيع الناس مثلاً للخبز عشرة أرطال بدرهم فيبتدئ هو البيع على ثمانية فيقال له: إنا لا نسعر عليك ولا يلزمك البيع بما لا تختار، ولكن نأمرك بأن لا تضر بالناس تغلى الأثمان زيادة على بيع غيـرك لئلا يقتدى البـاقون بك فيضـر ذلك بالناس، فإما بعه على بيـعهم وإلا أزلنا الأضرار عن الناس بصرفك عنهم، وقد روى: أن عـمر رضى الله عنه قال لحاطب ابن أبى بلتعة مثل ذلك[٢].

فصل

الحكرة[٣] إذا أضرت بأهل البلد ممنوعة فى كل ما بهم حاجة إليه وضرورة إلى شرائه وكثرته، سواء كان طعامًا أو ثيابًا أو أى شىء كان من أنواع الأموال، والأصل فى منعها قـوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خـاطئ»[٤]، وروى: «المتربـصون بالطعام هـم الآثمون»[٥]، وروى: أن عمـر رضى الله عنه خرج إلى المسجد فـرأى طعامًا منشوراً فقـال: ما هذا؟ قالوا: طعام جلب إلينا، قـال: بارك الله فيه وفيمن جلبه، قالـوا: إنه قد احتكره فلان وفلان فدعاهما فقالا له: نشترى بأمـوالنا ونبيع، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بإفلاس أو جذام»[٦]، وهذا هو فى البلدان

---

(١) أخرجـه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٠) ح (٣٤٥١)، والـترمذى: البـيوع (٣/ ٥٩٦) ح (١٣١٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٤١) ح (٢٢٠٠).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٥١) ح (٥٧).

(٣) يقال احتكر أى: احتبس انتظار الغلاء، القاموس المحيط (٢/ ١٣).

(٤) أخرجه مـسلم: المسـاقـاة (٣/ ١٢٢٨) ح (١٣٠/ ١٦٠٥)، وأبو داود: البيـوع (٣/ ٢٩٦) ح (٣٤٤٧)، والتـرمذى: البـيوع (٣/ ٥٥٨) ح (١٢٦٧)، وابن مـاجه: التـجارات (٢/ ٧٢٨) ح (٢١٥٤).

(٥) لم أجده.

(٦) أخرجـه ابن ماجـه: التجـارات (٢/ ٧٢٨) ح (٢١٥٥) فى الزوائد: إسناده صحـيح، ورجاله موثقون. وأحمد: المسند (١/ ٢٧) ح (١٣٦).

الصغار الذين يَضُرُّ بهم الاحتكار، فأما البلدان الكبار والأمصار الواسعة التى يكثر إليها الجلب ويتسع الحمل والتجهيز فلا بأس، لأن ذلك غير مضر بهم غالبًا إلا أن يتفق فى بعض الأوقات غلاء أو شدة ويؤدى ذلك إلى الإضرار بالناس فيمنع حينئذ.

فصل

لا يعرض لمن جلب طعامًا أو غيره إلى بلد ولا يجبر على بيعه ولا يمنع من اختزانه وحكرته لأنه لم يضر بالناس ولا غلى عليهم سعراً ولا استبد بشىء كان يجب أن يساويهم فيه، بل فى منعه من ذلك إضرار به وافتيات عليه لأنه إنما تكلف جلبه وسافر فى تخليصه ليبقيه لنفسه، فليس لأحد اعتراض عليه فيه، وقد روى عن عمر أنه قال: من جلب طعامًا على عمود ظهره، فذلك ضيف عمر يبيعه كيف شاء ويذهب به حيث شاء[١].

فصل

بيع العربان منهى عنه إذا وقع على صفة دون صفته، وصفته الممنوعة أن يشترى الرجل السلعة بثمن معلوم أو يكترى دابة بكراء معلوم وينقد من ذلك شيئًا ليسكن البائع أو المكرى إليه على أنه إن رضى إمضاء البيع أو الكراء وينقد بقيته وإن كره لم يرجع بما نقده[٢].

وإنما قلنا: إنه ممنوع لنهيه ﷺ عن بيع العربان[٣] ولأنه من أكل المال بالباطل لأنه يذهب بغير عوض ولا على وجه الهبة والصدقة، وإنما هو ضرب من القمار، ووقوعه على الصفة الجائزة، فهو أن يجعل العربان على يد غير البائع وعلى يده مختومًا لئلا ينتفع به ثم يرده إن كره المشترى فيكون بيعًا وسلفًا، فإذا ختم عليه زال ما يخاف من ذلك ثم ينظر: فإن اختار الإمضاء احتسب به من الثمن أو الأجرة إن كان كراء، وإن كره استرجعه، فهذا جائز لأنه ليس فيه ما يقتضى المنع.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٥١) ح (٥٦).

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ٦٣).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨١) ح (٣٥٠٢)، وابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٣٩) ح (٢١٩٢ ـ ٢١٩٣)، ومالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٠٩) ح (١).

فصل

الدّين بالدّين[1] ممنوع لنهيه ﷺ عن الكالئ بالكالئ[2] وهو الدّين بالدّين، وذلك إذا كان من الطرفين مثل أن يحل له سلف من عروض على رجل فيجعلها ثمنًا لشيء آخر من سلم ينتقل إليه أو أن يسلم إليه في شيء بثمن معلوم يكون دينًا في ذمة المسلم للمسلم إليه، فهذا كله ممنوع، فأما فسخ الدين إذا حلّ في عين بتأخر قبضها وتكون مضمونة على بائعها فمنعه مالك وابن القاسم وأجازه أشهب وغيره وذلك كثمرة يجتنيها أو سلعة غائبة أو دار يسكنها مدة أو ما أشبه ذلك، فوجه المنع أنه مفسوخ فيما لا يتنجز وما هو في ضمان الغريم، فأشبه أن يفسخ شيء في الذمة، ووجه الجواز أنه فسخ دين في عين كالمقبوض.

فصل

الوضع على التعجيل ممنوع منه، وصفته أن يكون على رجل دين لم يحل فيقول لصاحبه: تأخذ بعضه معجلاً وتبرئني من الباقي، فهذا غير جائز لأمرين: أحدهما أنه يدخله الربا إن كان في ذهب أو فضة أو طعام أو ما يحرم التفاضل فيه، والآخر أنه قرض يجر نفعًا، وروى ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت، وهو إجماع الصحابة وكذلك إذا عجل له بعضه قبل الأجل على إنْ أخره بالباقي زيادة على الأجل الأول لأنه ترك ذلك الأجل للتعجيل.

فصل

إذا باع ملك غيره بغير إذنه انعقد البيع ووقف على إجازة المالك أو رده، وكذلك إذا اشترى له بغير إذنه، وفرق أبو حنيفة بينهما فأجاز في البيع ومنعه في الشراء[3]، ومنعه الشافعي في الموضعين[4]، فدليلنا على الشافعي حديث حكيم بن حزام وعروة البارقي:

---

(١) قال ابن عرفة: هو بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر، شرح حدود ابن عرفة (١/٣٤٨).

(٢) أخرجه الدارقطني: سننه (٣/٧١) ح (٢٦٩) والحاكم في المستدرك (٢/٥٧)، والبيهقي في الكبرى (٥/٤٧٤) ح (١٠٥٣٦).

(٣) انظر الهداية للمرغيناني (٣/٧٥).

(٤) قال النووي: (فلو باع مال غيره بلا إذن ولا ولاية فقولان: الجديد بطلانه. والقديم أنه ينعقد =

أن النبى ﷺ دفع إليه ديناراً ليبتاع له شاة، فابتاع شاة ثم باعها بدينارين فابتاع بأحدهما شاة وجاء بالدينار الآخر إلى النبى ﷺ فأخذه وبارك له فى صفقته[1]، ولأنه عقد تمليك يفتقر إلى الإجازة، فجاز أن يقع موقوفًا عليها كالوصية، ولأنه تمليك لملك الغير بغير إذنه كالتصدق باللقطة، ودليلنا على أبى حنيفة: أن القبول أحد طرفى العقد فجاز أن يقف العقد على إمضائه كالإيجاب.

فصل

إذا اشترى عبداً نصرانيًا جاز أن يبيعه من نصرانى لأنه مساوٍ له فى الدين كبيع المسلم من المسلم.

فصل

إذا اشترى نصرانى عبداً مسلمًا ففيها روايتان: إحداهما أنه لا يصح ويفسخ والأخرى أن العقد يقع ويجبر على بيعه.

فوجه الأولى: أن كل معنى إذا طرأ على ما يملكه النصرانى قطع استدامته فى حق المسلم، فإذا وجد ابتداء منع العقد، أصله النكاح لأنها إذا أسلمت تحته منع ذلك استدامة نكاحه، وكذلك وجود الإسلام يمنع ابتداء عقده عليها كذلك العقد على الرقبة.

ووجه الثانية: أنه قد ثبت له عليه ملك بوجه وهو أن يسلم فى ملكه فيباع عليه، وإذا كان كذلك لم يفسخ عقده عليه وبيع عليه، أصله إسلامه فى ملكه.

فصل

اختلف أصحابنا فى بيع ما أذن فى اتخاذه من الكلاب، فمنهم من قال: يكره، ومنهم من قال: يحرم.

ووجه الجواز ما روى: أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد أو زرع أو

= موقوفًا على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإلا لغى، روضة الطالبين (٣/ ٣٥٥)، المهذب للشيرازى (١/ ٢٦٢).

(١) أخرجه البخارى: المناقب (٦/ ٧٣١) ح (٣٦٤٢)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٣) ح (٣٣٨٤)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٥٠) ح (١٢٥٨).

ماشية[١]، ولأنه جارح يصاد به كالبازى.

ووجه الحظر نهيه ﷺ عن ثمن الكلب، ولأنه حيوان منهى عن اتخاذه إلا للضرورة كالسباع، وعلى من قتله قيمته لصاحبه خلافًا [للشافعى[٢] لأنه حيوان يصح الانتفاع به والوصية به كالخيل والبغال ولأنه بهيمة يجوز الاصطياد به كالبازى][٣].

فصل

لا يجوز بيع الزيت النجس ولا العذرة للتزبيل[٤] لأنها عين نجسة كالدم.

(١) أخرجه البخارى: البيوع (٤/٤٩٧) ح (٢٢٣٧) ومسلم: المساقاة (٣/١١٩٨) ح (٣٩/١٥٦٧)، والترمذى: البيوع (٣/٥٦٩) ح (١٢٨١)، ولفظه عند الترمذى.

(٢) قال النووى: (لو أتلف لغيره كلبًا أو خنزيراً أوسرجينًا أو ذرق حمام أو جلد ميتة قبل دباغه أو غير ذلك من الأعيان النجسة لم تلزمه قيمته بلا خلاف عندنا قال الماوردى: قال أصحابنا: لم يكن يعرف خلاف فى أنه لا قيمة على من أتلف كلبًا معلمًا حتى قال به عظائم تابعه مالك)، مجموع شرح المهذب (٩/٢٢٨).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) الزبل بالكسر السرفين والمزبلة ملقاه وموضعه وزبل زرعه يزبله سمده، القاموس المحيط (٣/٣٨٧).

باب

البيع جائز بشرط الخيار [لقوله ﷺ فى حديث حبان: «واشترط الخيار ثلاثًا»[١]][٢]، وقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار»[٣]، ولأن الإنسان يحتاج إلى تأمل ما يبتاعه واختياره فجاز ذلك.

فصل

يجوز أن يشترطه البائع والمشترى لقوله ﷺ: «واشترط الخيار ثلاثًا»[٤] ولم يفرق، ولأن الخيار وضع للتأمل والاختبار وكل واحد منهما محتاج من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه الآخر، فجاز اشتراط كل واحد منهما له.

فصل

فإن اشترطه أحدهما انفرد بالفسخ ولم يكن للآخر مقال معه، وإن اشترطاه معًا فقد تعلق الحق بهما فلا يسقط حق أحدهما إلا بإسقاطه له، ولا يثبت البيع إلا باجتماعهما على إجازة أو رد، فإن اتفقا على إمضاء أو فسخ كان لهما وإن اختلفا فاختار أحدهما الرد والآخر الإمضاء، فالقول قول المختار للرد لأن مختار الإمضاء قد أسقط حقه من الفسخ وبقى حق الآخر ولا يسقط بإسقاط غيره له.

فصل

خيار المجلس غير ثابت والعقد بالقول لازم خلافًا للشافعى[٥] لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، ولأنه عقد معاوضة كالنكاح، ولأن كل خيار كان من مقتضى العقد جاز أن يبقى بعد الافتراق كخيار العيب وكل خيار لا يثبت بعد الافتراق، فليس من

---

(١) أخرجه ابن ماجه: الأحكام (٢/٧٨٩) ح (٢٣٥٥)، قال فى الزوائد: فى إسناده محمد بن إسحاق، وهو مدلس، وقد عنعنه، وانظر نصب الراية (٤/٧).

(٢) ما بين المعكوفين سقط (ب).

(٣) أخرجه البخارى: البيوع (٤/٣٨٥) ح (٢١١١) ومسلم: البيوع (٣/١١٦٣) ح (٤٣/١٥٣١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٣٠)، روضة الطالبين (٣/٤٣٨).

مقتضى العقد كالخيار فى إغلاء الثمن ورخص، ولأنه لو كان ثابتًا بمقتضى العقد لم يصح وقوع العقد على وجه لا يتصور فيه، فكان لا يصح للأب أن يشترى لابنه من نفسه لأن مفارقة الإنسان من نفسه لا تصح.

فصل

الخيار موضوع لتمام البيع واستقراره لا للفسخ، فإن اختار من له الخيار الإمضاء تَمَّ البيع وانبرم، وإن اختار الفسخ تبيّنا أن الملك لم ينتقل إليه، وأنه لم يزل على ملك البائع، وفى الحالتين فهو فى الحكم على ملك البائع وتلفه منه ما لم يتقرر من المشترى إمضاء خلافًا لمن يقول: إنه وضع للفسخ[1] وأن الملك قد انتقل بنفس العقد لأنه إيجاب لا يلزم البائع الثبوت عليه، فلم ينتقل الملك به على التجريد، أصله إذا وجب ولم يقل للمشترى: قبلت، ولأن الإيجاب مع شرط الخيار غير محقق لأنه متعلق بشىء يقع فى المستأنف، فالمشترى يقبل إيجابًا غير محقق فلم ينتقل به الملك.

فصل

كل تصرف يفعله المالك فى ملكه لا يحتاج إليه فى اختيار المبيع، فإنه يعدُّ رضًا ممن له الخيار ويكون من البائع فسخًا، ومن المشترى إمضاء وذلك كالوطء والتقبيل واللمس للذة وكالهبة والصدقة بالمبيع والإعتاق والتدبير والكتابة، واختلف فى الإجارة والرهن [والسوم][2] بالسلعة: فعند ابن القاسم أنه اختيار لأنه تصرف من المالك لا يحتاج إليه فى اختيار المبيع وليس باختيار عند أشهب لأنه قد يفعل نيابة عن الغير، وتزويج الأمة اختيار وتزويج العبد وإسلامه فى صنعه اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب ، وجناية الخطأ ليست باختيار وجناية العمد اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب، و النظر فى هذا كله مع ابن القاسم والاستخدام ليس باختيار لأنه اختبار.

فصل

مدة الخيار متعلقة بما يمكن اختيار المشترى المبيع فى مثله، خلافًا لأبى حنيفة[3]

---

(١) وهو مذهب الحنابلة، انظر المغنى (٤/٦).

(٢) ثبت فى بعض النسخ (التسوم) وما أثبتناه، من (ب).

(٣) قال الموصلى (ولا يجوز أكثر من ذلك)، الاختيار (٢/ ١٤)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٣١).

والشافعى فى قصرها ذلك على ثلاثة أيام[١] [لقوله ﷺ: «الكل مسلم شرطه»[٢]، وقوله: «إلا بيع الخيار»[٣] فأطلق، ولأنها مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يكون أكثر من ثلاثة أيام][٤] كالآجال لأنها مدة يحتاج فيها إلى اختبار المبيع كالثلاثة، ولأن الخيار موضوع لتأمل المبيع واختياره والمبيعات مختلفة فى ذلك وفى قصرها على مدة محصورة إبطال لفائدته.

فصل

إذا مات مشترط الخيار من المتبايعين قام ورثته مقامه خلافًا لأبى حنيفة[٥]، لقوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ [النساء:١٢] فعم، ولقوله ﷺ: «من ترك ملكًا وحقًا فلورثته»[٦]، ولأنه خيار ثابت فى عقد بيع كالخيار بالعيب، ولأن من ورث شيئًا ورثه بحقوقه كالدين بالرهن وخيار التعيين والرد بالعيب، ولا يلزم عليه الوطء لأن ذلك لا يتصور فيه على وجه.

فصل

إذا اختلف الورثة فأراد بعضهم الإمضاء وبعضهم الفسخ: فإما رضوا جميعًا أو فسخوا لأنهم يقومون مقام موروثهم ولم يكن له تبعيض الصفقة.

فصل

[لا فصل بين خيار الشرط أو الرؤية أو التعيين أو الرد بالعيب فى أن ذلك كله موروث][٧].

---

(١) روضة الطالبين (٣/٤٤٦)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ١١٠).

(٢) لم أجده.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) قال المرغينانى: «وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته»، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٤)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٥).

(٦) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ «من ترك مالاً فلورثته» أخرجه البخارى: الفرائض (١٢/ ١١) ح (٦٧٣١)، ومسلم: الفرائض (٣/ ١٢٣٧) ح (١٤/ ١٦١٩).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

يجوز أن يتبايعا ويشترطا أو أحدهما رضا فلان أو اختياره يومًا أو أيامًا خلافًا لأصحاب الشافعي[1] لقوله ﷺ: «واشترط الخيار ثلاثًا»[2] ولم يفرق، ولأن الخيار وضع لتأمل المبيع وحظ مشترطه، وقد لا يعرف ذلك فيشترطه لغيره ليُعرِّفه إياه.

فصل

إذا ثبت الخيار ويكون لمن اشترط له فهل يثبت [مع ذلك لمشترطه من المتبايعين أم لا؟ فيه خلاف قال ابن القاسم: يثبت][3] الخيار للأجنبي وللبائع إن كان هو الذي اشترطه، فإن اختار الأجنبي ردًا أو إجازة وأباه البائع فالقول للبائع، وإن كان المشترى هو الذي شرط للأجنبي الخيار لم يثبت إلا للأجنبي فقط ولم يكن للمشترى أن يخالف عليه، وروى عنه أيضًا: أن لهما المخالفة عليه وهو قول ابن حبيب.

وإنما قلنا: إن شرط الخيار للأجنبي لا يلزم البائع لأنه لم يشترط له على وجه التمليك، ولكن على وجه تنبيهه وإرساله، ولأن الخيار للأجنبي فرع على ثبوته للبائع فيمتنع أن يثبت الفرع وينتفي به أصله. ووجه التفريق بين البائع والمشترى أن حال المشترى أضعف، لأن الإيجاب لا يتعلق بصفة والقبول يتعلق بها، فجعل أمره على التمليك والنظر التسوية بينهما لأنهما متساويان في العقد وحقوقه، لا يختلف أصحابنا أن شرط مشاورة الأجنبي جائزة ولا يلزم المتبايعين لأنه اشترطها لنفسه لا لغيره.

فصل

إذا اختار مشترط الخيار أن يختار أو يفسخ فله، حضر الآخر أم غاب خلافًا لأبي حنيفة في اشتراطه حضور صاحبه[4]، لقوله ﷺ في المصراة[5]: «فهو بخير النظرين إن

---

(١) قال النووي: «فإن شرطه لغيرهما فإن كان الغير أجنبيًا فقولان: أحدهما: يفسد البيع وأظهرهما: يصح البيع والشرط، روضة الطالبين (٣/٤٤٨)، الحاوي الكبير (٥/ ٧١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) انظر الاختيار للموصلي (٢/ ١٥)، الهداية للمرغيناني (٣/ ٣٣).

(٥) التصرية: ترك اللبن في الثدي ليعظم الضرع فيظن أن به لبن كثير. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ١١٥).

رضيها أمسكها وإن سخطها ردها»[١] ولم يفرق، ولأنه مختار للفسخ مع بقاء مدة الخيار كما لو حضر صاحبه، ولأنه معنى ينقطع به خياره فلم يفتقر إلى رضا الآخر كالإجارة.

فصل

إذا اشترطا الخيار ولم يضربا له مدة صح العقد وضرب للسلعة مدة تختبر في مثلها خلافًا لمن قال: إن البيع فاسد[٢]، لأن الإطلاق محمول على العرف فيصير كالمشترط في البيع كالحمولة والنقد.

فصل

لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لا إلى أجل قريب ولا بعيد لأن ذلك يضارع البيع والسلف، فيكون مرة ثمنًا إن اختار المشترى الإمضاء ومرة سلفًا إن اختار الرد، فإذا ثبت منعه فاشتراطه يفسد البيع لأنه شرط ينافي موجب العقد كما لو شرط ألا يملكه وإن لم يشترط وتبرع المشترى بالنقد جاز.

فصل

تلف المبيع في أيام الخيار من البائع إن كان في يده أو في يد غيرهما لأنه على ملكه لم يدخل في ضمان المشترى، فإن تلف في يد المشترى فتلفه منه، وإن كان مما يغاب عليه لأنه قبضه لمنفعة نفسه وعلى وجه المبايعة دون مجرد الأمانة، ولا يضمنه إن كان مما لا يغاب عليه لأن الظاهر أن هلاكه بغير صنعه، وأنه غير متعد بقبضه كالرهن.

فصل

إذا ابتاع من رجلين ثوبين بشرط الخيار فاختلطا ولم يتميز ألزمه البيع ولا خيار له لأنه لا يصل إلى رد ملك أحدهما عليه، فكان كالتالف.

فصل

اختلف أصحابنا في بيع السلعة بما لا يتغابن الناس بمثله مثل أن يشترى أو يبيع مما

---

(١) أخرجه البخاري: البيوع (٤/٤٢٣) ح (٢١٥٠) ومسلم: البيوع (٣/١١٥٥) ح (١١/١٥١٥).

(٢) قال ابن قدامة: (الصحيح من المذهب أنه لا يصح وهو من مذهب الشافعي، المغني لابن قدامة (٤/١٠٦).

يساوى ألف بمائة، فمنهم من نفى أن يثبت الخيار لمغبون منهما، ومنهم من قال: لا خيار إذا كانا من أهل الرشاد والبصر بتلك السلع، وإن كانا أو أحدهما بخلاف ذلك فللمغبون الخيار.

فإذا قلنا: لا خيار له فلأنه نقص فى عين المعقود عليه كالقليل، ولأن المغبون مفرط لأنه كان يجب أن يوكل من يشترى له أو يبيع.

وإذا قلنا: له الخيار فلقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ [البقرة:١٨٨] وقوله ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلابة»[1]، ونهيه عن إضاعة المال[2]، وقوله: «لا ضرر ولا ضرار»[3]، ولأنه نوع من الغبن فى الأثمان فجار أن يتعلق به الخيار، أصله تلقى الركبان، ولأنه نقص بثمن المبيع والغبن فكان مؤثراً فى الخيار كالعيب.

---

(١) أخرجه البخارى: البيوع (٤/ ٣٩٥) ح (٢١١٧) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٦٥) ح (٤٨/ ١٥٣٣).

(٢) أخرجه البخارى: الاستقراض (٥/ ٨٣) ح (٢٤٠٨)، ومسلم: الأقضية (٣/ ١٣٤١) ح (١٢).

(٣) أخرجه ابن ماجه: الأحكام (٢/ ٧٨٤) ح (٢٣٤٠ ـ ٢٣٤١)، ومالك فى الموطأ: الأقضية (٢/ ٧٤٥) ح (٣١)، وأحمد: المسند (١/ ٤٠٨) ح (٢٨٧٠)، وانظر نصب الراية (٤/ ٣٨٤).

باب

ومن أراد بيع سلعة له معيبة فعليه أن يبين ذلك ويُعلم المشترى به لأنه إن كتمه ذلك فقد غشه والغش ممنوع فى الدين.

وإنما قلنا: إنه غش لأن المشترى يدخل على مبيع سليم والبائع يعلم أنه لا يعلم بالعيب، وإنه لا يدرى إذا علم به هل يرضى أم لا، فإذا كتمه فقد غشه [ولقوله ﷺ: «ولا تصروا الإبل والغنم»[1]، فنهى عن التصرية لأنها غش وتدليس لأن المشترى يظن أن ذلك قدر حلابها، وروى أن رسول الله][2] ﷺ مر برجل يبيع طعامًا فسأله كيف يبيع فأخبره فأومأ إليه أن أدخل يدك فيه، فأدخل يده، فإذا هو مبلول فقال ﷺ: «ليس منا من غش»[3].

فصل

إذا ثبت أن ذلك ممنوع فلا يمنع صحة البيع خلافًا لمن ذهب إلى ذلك[4] لحديث المصراة، وقوله: «من ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[5]، فأثبت له الخيار فدل أن العقد صحيح، ولأن العيب ليس فيه إلا أنه نقص من المبيع، وذلك لا يوجب الفساد كما لو اشترى رزمة على أن فيها عشرة أثواب فكانت تسعة.

فصل

إذا ثبت أن العيب لا يفسد العقد وإنه يوجب الخيار للمشترى فى أن يردّ ويرجع بالثمن أو يمسك ولا شىء له ما دام المبيع قائمًا بحاله لم يفت ولم يتغير لقوله فى

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أخرجه مسلم: الإيمان (١/٩٩) ح (١٦٤/١٠٢) بلفظ «من غشنا فليس منا»، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٠) ح (٣٤٥٢)، وابن ماجه: التجارات (٢/٧٤٩) ح (٢٢٢٤).

(٤) حكى هذا عن بعض أصحاب الإمام أحمد، انظر الشرح الكبير (٤/ ٨٥) لابن أبى عمر المقدسى.

(٥) تقدم تخريجه.

حديث المصراة: «فمن ابتاعها فهو بخير النظرين»[1] فأثبت له الخيار، ولأن المشترى إنما بذل الثمن ليحصل له المبيع سليمًا، فإذا أصابه معيبًا فلم يرض ببذل الثمن فى معيب، فكان له رده، وإن اختار رد البيع والرجوع بالثمن، فذلك له إن اختار إمساكه والرجوع بأرش العيب حتى يحصل السلعة المعيبة ببعض الثمن فليس ذلك له إلا برضى البائع.

وإنما قلنا ذلك لأن البائع دخل على أن يحصل له الثمن كله وتحصل السلعة للمشترى فلم يجبر على أن يحصل له بعض الثمن، ولأن المشترى لا يستحق الأرش على ألا يرد فلا يلزم المشترى إلا برضاه، [وفى حديث المصراة «إن رضيها أمسكها][2] وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[3] ولم يجعل له إمساكها مع أخذ الأرش.

فصل

وإذا بذل البائع الأرش على ألا يرد فلا يلزم المشترى إلا برضاه لقوله ﷺ: «فهو بخير النظرين»[4]، فأثبت له الخيار وذلك ينفى الإجبار على أحدهما، ولأنه يقول: إنما بذلت الثمن لتحصل لى سلعة سليمة كما أن البائع دخل على أن له كل الثمن.

فصل

وإنما قلنا: إن ذلك جائز مع تراضيهما خلافًا لمن منعه[5] لأن هذا الخيار قد سقط إلى مال لأن المبيع لو فات لكان للمبتاع الأرش فجاز إسقاطه الآن إلى مال كخيار القصاص، ولأن الجزء الفائت لما لم يعاوض عليه وجب له الرجوع بما قابله، فإذا تراضيا بذلك جاز، وكيفية الرجوع بالأرش أن ينظر إلى قيمة السلعة سليمة من العيب، فيقال: عشرون دينارًا فيقال: وكم تساوى مع العيب فيقال: ستة عشرة فيعلم أن العيب قد نقصها خمس قيمتها فيرجع على البائع بخمس الثمن، لأن ذلك فى مقابلة الجزء الفائت ولا يرجع بمقدار ما نقص من القيمة لأن المعاوضة إنما كانت بالثمن لا بالقيمة، وهذا

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) لأبى حنيفة فى قوله: أن المشترى بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده، .الهداية (٣/ ٤٠)، والشافعى أيضًا قال النووى: (ليس لمن له الرد أن يمسك المبيع ويطالب بالأرش)، روضة الطالبين (٣/ ٤٨٠).

كله إذا كان المبيع قائمًا بعينه لم يفت ببعض وجوه الفوت، فأما إن فات فليس له إلا أخذ الأرش لأن رده مع الفوت غير ممكن لأنه يوجب ألا يستبد المشترى بأخذ الثمن وألا يرجع المبيع إلى البائع وذلك غير جائز ونحن نذكر وجوه الفوت.

فصل

وهذا كله إذا لم يتصرف فيه بعد علمه بعيبه ولم يظهر منه بتركه، فإن تصرف فيه بعد العلم بالعيب مختاراً، فذلك رضًا منه بعيبه فليس له رد ولا أرش.

فصل

وإن تصرف مضطراً مثل أن يشترى دابة معيبة ولم يظهر على عيبها إلا بعد أن يسافر بها، فلما علم عيبها لم يرض وأراد ردها ولم يجد بداً من ركوبها أو حمل متاعه عليها فعل ذلك مضطراً ففيها روايتان[1]:

إحداهما: أن ذلك مسقط لرده، والأخرى: أنه لا يسقطه، فوجه الأولى أنه تصرف مع العلم بالعيب كالتصرف مع الاختيار، ولأن ضرورته لا تمنع سقوط ردها إذا تعلق بذلك حق غيره لأنه إنما تصرف لحظ نفسه، ووجه الثانية أن المضطر فى حكم المكره ولو تصرف مكرهًا لم يسقط خياره، فكذلك مع الاضطرار.

فصل

إذا ابتاع رجلا عبداً فوجدا به عيبًا، فإن اتفقا على رد أو إمساك فذلك لهما، وإن أراد أحدهما الرد والآخر الإمساك، ففيها روايتان[2]:

إحداهما: أن لمن شاء منهما أن يرد وهو قول ابن القاسم، والأخرى: أنه لا يجب الرد مع اختلافهما وليس لهما تبعيض الصفقة على البائع وهو قول أشهب.

ووجه ثبوت الرد أنه بيع اجتمع فى أحد طرفيه عاقدان فلم يتعلق رد المعيب فى حق أحدهما برده فوجب فى حق الآخر، أصله إذا كان البائعان رجلين والمشترى واحداً، ولأنه مبتاع وجد بما ابتاعه عيبًا فلم يرض به ولم يفت، فكان له رده من غير اعتبار بغيره، أصله إذا انفرد به، ولأن هذا العقد فى حكم الصفقتين بدليل أن جملة الثمن

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧١١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٣١٤).

معلومة فى الجملة، وإن لم يعلم فى حق كل واحد منهما ولو كان فى حكم الصفقة الواحدة لم يصح.

ووجه سقوط الرد أن فيه تفريق الصفقة على البائع، وذلك إضرار به وخلاف لما دخل عليه، ولأنه رد لمبيع وجب لجماعة عن عقد بيع، فوجب أن لا يملك أحدهم رد ما يخصه إلا برد الباقين، أصله إذا ابتاع بالخيار شيئًا فمات فليس لورثته أن ينفرد أحدهم بالرد دون الآخرين.

فصل

إذا ادعى المبتاع أن بالمبيع عيبًا فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يعلم بالمشاهدة كالقطع وغيره من النقص فى البدن، أو أن لا يعلم بالمشاهدة كالسرقة والإباق والتزويج فى العبد والأَمَة وما أشبه ذلك، فإن كان مما يعلم بالمشاهدة لزمه إيقاف البائع عليه ثم ينظر، فإن كان مثله لا يحدث عند المشترى ولا يكون إلا متقدمًا على وقت الشراء فله الرد ولا مقال للبائع لأنه قد ثبت صدقه، فإن ادعى البائع عليه الرضا فله أن يحلفه على ذلك إن لم يقم له بينة به، إن حلف المشترى ثبت له الرد وإن نكل ردت اليمين على البائع، فإن حلف سقط عنه الرد، فإن نكل ثبت للمشترى وإن لم يدَّع البائع على المشترى الرضا لم يكن له إحلافه ولزمه [رد][1] الثمن.

فصل

فإن كان مثله حادثًا مما يعلم أنه لم يكن فى ملك البائع وأنه لم يحدث إلا بعد البيع، فالقول قول البائع لأنه قد ثبت صدقه وكذب المشترى، فإن كان مما يمكن [حدوثه][2] عند البائع وحدوثه عند المشترى فالقول قول البائع مع يمينه لأن الأصل السلامة ولزم البيع والمشترى يدعى ثبوت خيار واستحقاق فلا يقبل ذلك منه إلا ببينة وإلا حلف وسقط عنه الحكم، فإن نكل حلف المشترى، ووجب له الرَّد، فإن نكل فلا شىء له وإن حلف رده على البائع هذا إذا كان العيب مشاهدًا والأيمان هاهنا على البت دون العلم لأنه يوصل إلى اليقين فيه.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) (وجوده).

فصل

وأما إن كان مما لا يعلم بالمشاهدة كالإباق والرقيق وغيره، فلا يقبل من المشترى إلا ببينة وإلا حلف البائع ثم كان الحكم على ما قدمناه.

فصل

فإن لم يظهر المشترى على العيب حتى تصرف فى البيع تصرفًا ينقص منه أو حدث به عنده عيب آخر، فإن البائع لا يخلو أن يكون دلس أو لم يدلس: فإن كان دلس، للمشترى أن يطالبه بالأرش [ويتمسك][1] بالسلعة أو يرد ويرجع بالثمن ولا شيء عليه فيما تصرف فيه أو حدث به عنده إلا أن يكون فى حكم ذلك المتلف فيكون ذلك فوتًا وذلك مثل أن يشترى ثوبًا [معيبًا][2]، فلا يعلم به حتى يقطعه قميصًا أو سراويلاً أو غير ذلك مما يستعمل فى مثله فله أن يرده ولا شيء عليه ولو مزقه أو أتلفه بتصرف الناس بمثله لم يكن له الرد وكان له الأرش، وإن كان المبيع عبدًا فتلف من ذلك العيب فللمبتاع الرجوع بالثمن ولا شيء عليه من تلفه، فأما إن كان البائع لم يدلس فالمبتاع بالخيار إن شاء أن يأخذ الأرش وإن شاء أن يرد وما نقص.

فصل

وإنما قلنا: إن حدوث العيب عند المشترى لا يمنع الرد خلافًا لأبى حنيفة[3] والشافعى[4]، لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد من سلامة المبيع، فكان له الرد إذا لم يرض بالإمساك، أصله إذا لم يحدث عنده عيب، ولأن الرد أحد نوعى الخيار الواجب للمشترى بالعقد فلم يمنعه حدوث العيب عنده كالإمساك وأخذ الأرش، ولأنه نقص حدث بالمبيع فلم يمنع رده مع أخذ أرشه أصله حَلْبُ المصراة.

---

(١) ثبت فى (ب) (يمسك).

(٢) سقطت من (أ).

(٣) قال المرغينانى: (لأن فى الرد إضرارًا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالمًا ويعود معيبًا)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٤١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٣).

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٤٨٢)، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٥٧).

فصل

وإنما قلنا: إن له أن يمسك ويرجع بالأرش خلافًا لمن قال: ليس له إلا أن يرد[1]، لأن الرَّد حق له والأرش حق له فلم يجبر على أحدهما.

وإنما قلنا في التدليس: إن المشترى مخير إذا تصرف في المبيع تصرفًا يجوز مثله رده ولم يلزمه أرش لأن ذلك رضًا من البائع لأنه لما كتم العيب وهو يعلم أن المشترى يتصرف في المبيع، ولا يعد ذلك منه رضًا لأنه تصرف عن غير علم بالعيب، كان راضيًا به لأنه هو الذى سلطه عليه فلم يلزم المشترى أرش.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا قطعه بما لا يقطع مثله لم يكن له رده إلا مع النقص لأن البائع لم يسلطه على ذلك لأنه دخل على أن يتصرف فيه تصرف مثله المعهود، فإن تصرف فيه المشترى بمثل ما يتصرف في مثله فلا شيء عليه، لأن البائع سلطه عليه فإن خرج عن العادة لم يكن له رده إلا مع الأرش لأن البائع لم يسلطه على ذلك ولا رضى به.

فصل

[وإنما قلنا: إن العبد إذا مات من ذلك العيب فلا شيء على المشترى، فلأن البائع قصد أخذ مال المشترى بغير حق لأنه لم يوفه المبيع سليمًا بل دفع إليه ما لم يعاوض عليه، فإذا لم يرضه لم يلزمه تلفه لأنه على ملك البائع حتى يعلم رضا المشترى.

فصل

وإنما قلنا: إن البائع إذا لم يدلس فليس للمبتاع رد المبيع إذا تصرف فيه إلا مع الأرش لأن البائع لم يسلطه على التصرف][2] ولا رضى به فلم يلزمه قبوله إلا مع الأرش، وسواء في ذلك إذا كان لم يعلم بالعيب أو كان علم به وأنسيه.

فصل

وإذا وجد بالمبيع عيبان: أحدهما يعلم أنه قبل البيع، والآخر يمكن فيه الأمرين،

(١) قاله الأحناف، انظر الهداية (٣/ ٤١)، انظر الاختيار (٢/ ٢٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فالرد للمشترى بالأول واليمين عليه لأن الآخر لم يحدث عنده لأنه لم يكن مدعى عليه استحقاق الأرش.

فصل

موت العبد وزمانته[١] وهرمه[٢] الذى لا يبقى معه انتفاع به وعتقه وتدبيره وكتابته واستيلاد الأمة على ذلك فوت والأصل فيه أن كل ما يتعذر معه الرد فوت وكل هذا إتلاف منه مشاهدة ومنه من طريق الحكم، فأما البيع، ففيه ثلاث روايات:

إحداها أنه فوت ويرجع بالأرش على البائع وإن كان المشترى لم ينقص فى الثمن كان له الأرش، فإن كان قد نقص فالبائع الأول بالخيار إذا اختار أن يعطيه الأرش أو يكمل له رأس ماله.

والثانية: أنه لا شىء له إلا أن [يرده][٣]، والثانى: أو يرجع إليه بشراء أو هبة أو غير ذلك وما لم يرجع إليه أو يرده الثانى فلا شىء له على الأول.

والثالثة: أنه إن كان نقص لأجل العيب رجع بقدر ما نقص على البائع، وإن لم ينقص فلا شىء له إلا أن يرجع إليه.

فوجه الأولى: أن المبيع إخراج له عن الملك، فكان فوتًا كالعتق والصدقة، وإنما قلنا: إنه إن كان قد نقص فالبائع الأول مخير بين إعطائه الأرش وتكميل رأس المال، لأن ردًّه غير ممكن، والذى يلزم البائع تخليصه من العيب بأى الأمرين شاء ورجحنا فى التخيير لأن جنبته أقوى بتعذر الرد.

ووجه الثانية: وهى أنه لا شىء له إلا أن يرد عليه أو يرجع إليه أن الرد غير ميئوس منه، فلم يكن فوتًا كالرهن والعارية، فإن عاد إليه كان له ردُّه لإمكان الرد بعد عوده.

ووجه الثالثة: أنه إذا لم ينقص فلإطلاقه بينه وبين البائع ولا سيما مع تعذر الرد، [والأقيس][٤] من هذا كله أن يكون له الأرش لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد بالجزء الفائت عنده.

(١) قال الفيروزآبادى: الزَمِن من أصابته العاهة. وأتى عليه الزمان، القاموس المحيط (٢٣٢/٤).

(٢) أى: كبره، القاموس المحيط (١٨٩/٤).

(٣) ثبت فى (أ) (يزده).

(٤) ثبت فى (أ) (وإلا فليس).

فصل

الإباق فوت[١] خلافًا للشافعى[٢]، لأن رده يتعذر معه ويجعله فى حكم الميئوس منه، ولأن الإباق يوجب له القيمة فى العيب وكذلك يجب أن يكون له الأرش فى العيب.

فصل

وطء المشترى للثيب لا يمنع الرد ولا يوجب عوضًا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يمنع الرد[٣] لأن الفوت هو تلف المبيع أو تغير بدنه أو عينه أو أن يعقد عليه عقدًا يخرجه عن الملك لا سبيل إلى رده وكل هذا معدوم لأنه استمتاع كالقُبْلة والوطء فيما دون الفرج، ولأنها وطئت فى ملك المبتاع كوطء الزوج والإكراه، وخلافًا لابن أبى ليلى فى قوله: إنه يردها ومعها مهر المثل[٤]، لأنه وطء ملك فلم يستحق عليه عوض به، أصله إذا فاتت، ولأنه لم ينقص شيئًا منها كالاستخدام.

فصل

وطء البكر لا يمنع الرد خلافًا للشافعى[٥]، لما بيناه أن حدوث العيب لا يمنع الرد وليس الافتضاض بأكثر من قطع بعض الأعضاء، وإذا ثبت أن له أن يرد، فإنه يردها وما نقصها كسائر العيوب.

فصل

قد بينا أن الرد واجب للمشترى إذا كان المبيع على حاله لم ينم فى يد المشترى ولا نقص ولا تغير عن صفته، وسواء دلس به البائع أو نسيه، وبينا أنه إذا حدث به عيب

---

(١) اى: عيب

(٢) قال الشيرازى: (وإذا وجد العبد أبخر أو أقرع أو زانيًا أو سارقًا أو آبقًا ثبت له الرد لأن هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها)، المهذب (١/٢٨٦).

(٣) انظر الاختيار للموصلى (٢/٥١٧)، (٢/٢٥)، الهداية (٣/٣٣).

(٤) ذكره ابن أبى عمر المقدسى فى الشرح فقال: (وقال شريح والشعبى والنخعى وسعيد بن المسيب وابن أبى ليلى يردها ومعها أرش)، الشرح الكبير مع المغنى (٤/٨٨).

(٥) قال الماوردى: (إذا كانت الجارية المعيبة بكرًا فافتضها المشترى وأذهب بكارتها ثم وجدها معيبة فأراد ردها لم يكن ذلك له لأن إذهاب البكارة نقص فيها من وجهين. أحدهما: فى البدن، والثانى: فى الثمن، الحاوى الكبير للماوردى (٥/٢٤٧).

عنده، فإن ذلك لا يمنع الرد ويرد معه ما نقصه العيب، فأما إذا نما فإنه لا يخلو النماء أن يكون منفعة أو عيبًا، فإن كان المنفعة مثل استخدام العبد وسكنى الدار أو إجارتها أو ركوب الدابة وما أشبه ذلك، فإن هذا لا يمنع الرد بالعيب ولا شيء على المشترى فيما استعمل أو استعان ولا يلزمه رد شيء لأجله لأن هذا خراج والخراج به الضمان.

والأصل فيه ما روى ابن أبى ذئب عن مخلد بن خفاف أنه ابتاع غلامًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا فقضى له عمر بن عبد العزيز برده وغلته، فأخبره عروة عن عائشة أن النبى ﷺ قضى فى مثل هذا أن الخراج بالضمان، فرد عمر قضاءه وقضى لمخلد بردِّه الخراج إليه[1] ولا خلاف فى ذلك أعلمه.

فصل

فأما إن كان النماء عينًا فإنه يختلف، أما ولادة الأمَة ونتاج الماشية، فإنما ترد مع الأمهات وثمرة النخل بخلاف ذلك يرد أصل النخل ولا يرد الثمرة، [وقال أبو حنيفة: الولادة والنتاج والثمرة يبطل الرد ويوجب الأرش[2]، لأن هذه الأشياء عنده عيوب وحدوث العيب يمنع على أصله الرد][3]، وقال الشافعى: يرد الأصل وحده فى ذلك كله ولا يرد الفرع[4].

فدليلنا على أبى حنيفة: أنه نماء يحدث فى يد المشترى بعد العقد، فلم يمنع الرد بالعيب، أصله الغلة والكسب، ولأن أكثر مافيه أن يكون عيبًا وقد بينا أن العيب لا يمنع الرد، ولأنهم قد وافقونا أن العبد إذا أفاد عند المشترى مالاً بهبة أو التقاط أو ركاز، فإن ذلك لا يمنع الرد بعيب إذا وجد به، وكذلك ولادة الأمَة لأنه لو كان منفعة لم يمنع الرد، فكذلك إذا كان عيبًا كنماء العبد.

ودليلنا على الشافعى فى قوله: إن الولد لا يرد أن الأصول موضوعة على كل حكم

---

(١) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٢) ح (٣٥٠٨)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٧٢) ح (١٢٨٥) وقال: حسن صحيح. والنسائى: البيوع (٧/ ٢٢٣) ح (باب الخراج بالضمان).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٣).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) قال النووى: (الزيادة المتصلة كالسمن والتعليم وكبر الشجرة فهى تابعة للأصل فى الرد ولا شيء على البائع بسببها، أما المنفصلة، كالأجرة والولد والثمرة وكسب الرقيق ومهر الجارية الموطوءة بشبهة فلا تمنع الرد بالعيب وتسلم للمشترى)، روضة الطالبين (٣/ ٤٩٣).

لزم فى رقبة الأم، فإن الولد يتبعها فـيه كولد أم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل وقد ثبت أن حكم الرد لازم فى رقبـة هذه الأم المبيعة من وقت البـيع، فيجب أن يكون ما يحدث من ولد وحكمه حكمـها فيه لأنه حدث بعد استقـرار وجوب الرد، ولا يشبه الثمرة إذا حدثت عنده لأنها خراج وغلة لأنها ليست كخلق الأصل، والولد ليس بخراج فإن كانت الثمرة فى النخل وقت الشراء ردها مع الأصل.

فصل

إذا ابتاع أصل النخل وفيها ثمر، فإن كان لم تؤبر فهو للمبتاع ، وإذا أراد رد الأصل كـان حكمه حكم مـا حدث عنده، فـإن كـان قد أبر لزمـه أن يرده مع الأصل عند ابن القاسم لأنه إذا أبر فليس بيع بل كان واجبًا للبائع إلا أنه جعـل للمبتاع اشتراطه رفقًا به فسقط حق الثمر.

وعند أشـهب لا ترد الثـمـرة مع الأصل أبرت أو لم تؤبر لأنه بيع وغلة، فـإن كـان المشتـرى قد سقاها وأنفق عليـها لزم البائع أن يعطيـه ذلك كما لو سقـها أجنبى هذا إذا كانت [الثمرة][١] قائمة، فأما إن كانت [الثمرة][٢] قد فاتت نظر، فإن كـان بغير فعل منه فله أن يرد الأصل ولا شىء عليه كـولد الأمة الحادث بعد العـقد إذا مات، ومال الـعبد مشترط معه إذا تلف أن له أن يرد الأمَة والعـبد ولا شىء عليه، وإن أتلفها هو بأكل أو بيع فإنه يرد مثل مكيلتـها عند مالك لأنها قد أخذت قسطهـا من الثمن، وله أجر السقى والعلاج لأنها كملت بسقيه، وعند أشهب أنها غلة [لا ترجع][٣] مع الأصل اعتبارًا بما لم يؤبر، فأما إذا ابتاع غنمًا فجزَّ أصوافها فينظر: فإن كان حين ابتاعها كان عليها صوف تام فجزَّه فإنه يـرده معها لأنه قد دخل فى البيع، وإن كـان حدث عنده فليس عليه أن يرده معها سواء كان بيده أو قد فات هذا كله على قول ابن القاسم.

فأما أشهب فـإنه يقول: لا يرد ذلك سواء كان موجودًا يوم الصفـقة أو حدث بعدها لأن تبع ولغو، فأما الألبان والسمون فإنها للمـبتاع لأنها غلة فإن كان موجودًا يوم العقد لم يلزم شىء إذا رد عند ابن القاسم وأشهب لأنه بيع غير [مقصود][٤] بالبيع، وإذا ابتاع

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (ب) (لا ترد).

(٤) ثبت فى (ب) (معقود).

عبداً وشرط ماله رده معه فى العيب وليس له انتزاعه لأنه ليس بغلة ولا خراج، وإن تلف عنده فلا شىء عليه وحكم ما أفاد من مال عند المشترى ما كان معه يوم العقد.

فصل

الذى يوجب الرد من العيوب: كل عيب ينقص الثمن ويؤثر نقصًا فى المبيع أو يخاف عاقبته، وذلك كالجنون والجذام[1] والبرص[2] والعنين[3] والخصاء والإفضاء والدفر[4] وبياض الشعر والبخر[5] والإباق والزنا والسرقة وما أشبه ذلك، ومنه ما يختص بالرائعة والمرادة للوطء كالحمل وغيره مما ذكرناه، ومنه ما يعم كالجنون وغيره بحسب ما يعلم من العادة فيما تراد له الجارية أنه يؤثر فيه وينقص الثمن لأجله أم لا، فأما عدم الخفاض فعيب فى رقيق العرب لأن العادة أنهم يخفضون وليس بعيب فى رقيق العجم لأنه يعلم أنهم لا يفعلونه وهذا مما يخص.

فصل

إذا زال العيب بعد العقد وقبل علم المشترى نظر: فإن كان مما تتقى عاقبته فله رد العبد به، وذلك كالزوجة فى العبد والزوج فى الأَمَة، فإن الطلاق لا يسقط الرد فيهما، وكذلك ما أشبهه مما لا يؤمن عوده أو ضرره، وأما ما يؤمن ذلك فيه، فإذا زال فلا رد له كالدين إذا قضاه ولم يكن فى [سفه].

---

(١) مرض يقطع الأنامل والأطراف، القاموس المحيط (٤/٨٨).

(٢) هو بياض يظهر فى ظاهر البدن لفساد مزاج، القاموس المحيط (٢/ ٢٩٥).

(٣) هو العاجز عن الوطء وربما اشتهاه ولا يمكنه، مشتق من عنَّ الشىء إذا اعترض قال الجوهرى: رجل عنين لا يشتهى النساء بين العنَّة، المطلع (ص/٣١٩).

(٤) الدفر هو النتن، القاموس المحيط (٢/ ٣٠).

(٥) نتن الفم، القاموس المحيط (١/ ٣٦٩).

باب

إذا اشترى عبدًا أو أمة فعهدته ثلاثة أيام بلياليها، فما أصابه فيها من حدث فمن البائع وإن شاء المشترى أخذه بعيبه بجميع الثمن له ذلك ثم له عهدة السنة بعد عهدة الثلاث من ثلاثة أدواء وهى: الجنون والجذام والبرص، فما حدث به من ذلك فى السنة فالخيار للمشترى فى إمساكه أو رده فإن تلف منها كان من البائع، وهذا لما كان أهل المدينة يجرون أمرهم عليه واشترطوها فى إبلهم ثم يبيتوا عليه، ولذلك قال مالك: لا يحمل عليها أهل الأمصار إلا أن يشترطوها، والكلام فيها إنما هو على تقدير بقاء ذلك اليوم بالمدينة ولو كان العرف جاريًا به فى بلادنا.

وقال أبو حنيفة[1] والشافعى: كل عيب حدث بعد قبض المشترى، أى عيب كان فهو منه[2]، ودليلنا ما روى الحسن عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «عهدة الرقيق ثلاثة أيام»[3]، وروى قتادة عن الحسن عن النبى ﷺ: «لا عهدة بعد أربع»[4]، ولأن ذلك إجماع أهل المدينة نقلاً لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم فى العهدة فقال: ما أجد لكم شيئًا أوسع مما جعل النبى ﷺ لحبان بن منقذ، فإنه جعل له عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى إن رضى أخذه وإن سخط ترك[5].

وقال محمد بن يحيى بن حبان: ما جعل ابن الزبير عهدة الرقيق ثلاثة أيام إلا لقول رسول الله ﷺ لمنقذ بن عمر: «وأنت بالخيار ثلاثًا»[6]، وروى مالك عن عبد الله بن أبى بكر: أن أبان بن عثمان، وهشام بن إسماعيل كان يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الثلاثة الأيام من حين يشترى العبد أو الوليدة[7]، وهو قول عمر بن عبد العزيز وأبى

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٢)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٩).

(٢) المهذب للشيرازى (١/ ٢٦٠).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٢) ح (٣٥٠٦)، والدارمى: البيوع (٢/ ٣٢٦) ح (٢٥٥١)، وأحمد: المسند (٤/ ١٨٨) ح (١٧٣٩٥).

(٤) أخرجه ابن ماجه: التجارات (٢/ ٧٥٤) ح (٢٢٤٥)، من طريق يونس بن عبيد، عن الحسن، عن عقبة بن عامر به، وأحمد: المسند (٤/ ١٧٧) ح (١٧٢٩٨).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/ ٤٥٠) ح (١٠٤٦٢)، والدارقطنى: سننه (٣/ ٥٤) ح (٢١٦).

(٦) أخرجه الدارقطنى: سننه (٣/ ٥٤) ح (٢١٧)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٢٢).

(٧) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦١٢) ح (٣).

الزناد، والزهرى ورووه عن المشيخة السبعة، فـأما عهدة السنة من الأدواء الثلاثة، وإنها تكمن فى البدن فتظهـر فى السنة، فإذا ظهرت قبل كمـال السنة علم أن أصلها كان عند البائع، وإذا حدثت بعده علم أنها حدثت فى ملك المشترى.

فصل

اختلف قول مالك فى البيع بشرط البراءة[١] فعنه فيه ثلاث روايات.

إحداها: أنه جـائز ويبرأ من كل عيب لم يعلـمه ولا يبرأ مما علمـه وكتمه واشـترط البراءة منه، وهذا فى الرقيق دون غيره من الحيوان والعروض، وهذه الرواية هى المعتبرة وعليها النظر.

الثانية: أن ذلك جائز فى الرقيق وسائر الحيوان.

والثالثة: أن بيع البراءة غير نافع ولا يبرأ إلا مما[٢] يقف المشترى عليه ويريه إياه.

فوجه القول بأن شرط البـراءة جائز قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، ولأن ابن عمر باع غلامًا له بثمان مائة درهم بالبراءة فقال المبتاع: به عيب لم تسمه، فقال ابن عمر: «بعت بالبراءة فاختـصما إلى عثمان فقضى عليه أن يحلف لقـد باعه العبد وما به داء يعلمه»[٣] موضع الدليل[٤] أن ابن عمر باع بالبراءة ولـم ينكر عليـه عثمان، وإنما رأى البراءة مع العلم بالعيب لا ينفع ولم يخالف عليـه أحد، ولأنه شرط البراءة من عيب لـم يدلس به ولا كتمه فأشبـه إذا أراه إياه، ولا يدخل عليه العروض لأنا اعتللنا للجواز فى الجملة.

فصل

ودليلنا على أنه لا يبرأ مما علم خلافًا لأبى حنيفة[٥]، لقوله ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلابة»[٦] وهذا موجـود فى مسألتنا، ومـا رويناه من حديث عـثمان وابن عـمر، ولأنه

---

(١) عرفها ابن عرفة فقال: (ترك القيام بعيب قديم)، انظر شرح حدود ابن عرفة (١/ ٣٧١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٣٣٥).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦١٣) ح (٤)، وانظر تلخيص الحبير (٣/ ٢٧) ح (٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٥)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٤٦).

(٦) تقدم تخريجه.

عيب وجد بالمبيع لم يوجد رضًا به ولا إبراء لبائعه على أنه عالم به، فلم يلزم المشترى، أصله إذا لم يشترط البراءة منه.

فصل

ووجه التفرقة بين الرقيق وغيره من الحيوان: أن الرقيق يقدرون على إخفاء ما بهم من العيوب وكتمانه، فلا يصل المالك إلى علم ذلك فجُوِّز له البيع بالبراءة للأمارة الدالة على صدقه فى عدم علمه بعيب إن كان به وسائر الحيوان بخلافهم لأنه لا قدرة فيها على كتم عيوبها، فالبائع والمشترى يتساويان فى ذلك، فلم يجز له البيع بالبراءة إلا ما يسميه له.

ووجه التسوية بينهما: أن العيب قد يخفى ويستتر فى الحيوان، فلا يكاد يقف عليه إلا أهل الطب والبياطرة، فجاز للمالك بيع البهيمة بشرط البراءة كجوازه فى الرقيق.

ووجه قوله: أن شرط البراءة لا يبرأ مما يوجد فيها بعد نهيه ﷺ عن بيع الغرر[١] وهذا منه، ولأن شرط البراءة معنى يرتفق به أحد المتعاقدين فلا يصح مع الجهالة وإمكان التحرز فى الغالب أصله الأجل، ولأن منع ذلك حسم للباب، ولأنه إذا وجد بالمبيع عيب أمكن أن يكون عالمًا به فيجحد فيصير ذلك طريقًا إلى نفوذ حكم التدليس على المشترى وإلزامه إياه والأول أصح.

فصل

شرط البراءة من الحمل جائز عندنا فى الوخش[٢] والتى لا تراد للوطء وغير جائز فى المرتفعات[٣] إلا فى الحمل الظاهر[٤]، والفرق أن ذلك فى المرتفعات غرر، لأن الأمة المرتفعة المتخذة للتسرى المرغوب فيها للحسن والجمال ينقص الحمل ثمنها ويضعها وضعًا بينًا وربما أتى على معظم قيمتها، فإذا لم يكن ظاهرًا فإن البائع والمشترى يدخلان على غرر ظاهر لأنها إن لم تكن حاملاً فقد وضع البائع حقه خيفة أن تكون حاملاً، وإن

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الوخش الردىء من كل شىء ورذالُ الناس وسقاطهم، ولعل المصنف يقصد به هذا النوع من الرقيق، القاموس المحيط (٢/ ٢٩٢).

(٣) الجارية المرتفعة هى التى تراد للوطء.

(٤) المدونة الكبرى (٣/ ٣٣٦).

كانت حاملاً فالمشترى قد دفع الثمن رجاء أن لا تكون حاملاً وكل ذلك غرر، ولأن السنة مع الجواز على المواضعة، وعليه مضى السلف: إذا ظهر الحمل زال الغرر ودخل كل واحد على بصيرة وعلم ما يزيده فى الثمن وينقصه، ولأنه لا موضع حينئذ للمواضعة، فأما الوحش فإن الحمل لا يضع منهن ولا يبطل شيئًا من أثمانهن بل لعله يزيد فيها، فجاز شرطه البراءة منه لقلة الغرر فيه.

فصل

العبد يملك عندنا خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لقوله تعالى: ﴿**وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله**﴾ [النور: ٣٢]، والفقر والغنى من صفات المالكين لأن من لا يصح عليه الملك لا يصح وصفه بالغنى ولا بالفقر، وقوله: ﴿**أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعامًا فهم لها مالكون**﴾ [يس: ٧١]، فالمقصد من هذا التنبيه على الصانع تعالى وعمومه الحر والعبد كما أن التنبيه عام فيهما، وقوله ﷺ: «من باع عبدًا وله مال»[3]، وهذه لام التمليك، فهى محمولة على حقيقتها، ولأنه آدمى حى كالحر، ولأن الرق حال من أحوال الآدمى الحى فصح أن يملك معها كالحرية، ولأن المملوكات ضربان: أعيان، ومنافع، وقد ثبت أن العبد يملك المنافع كوطء زوجته وغير ذلك، فكذلك الأعيان، ولأن من صح أن يملك فى حال صح أن يملك فى كل حال اعتبارًا بالحر عكسه البهائم لما لم يصح أن تملك فى حال لم يصح أن تملك فى كل حال.

فصل

إذا ثبت أنه يملك فإن ملكه ناقص غير تام ولا مستقر، ليس له أن يتصرف فيه إلا بإذن سيده، ولسيده انتزاعه منه ما لم يتعلق به حق للغير على ما نذكره فى باب المأذون،

---

(١) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٣٣).

(٢) قال الماوردى: (لا خلاف بين الفقهاء أن العبد لا يملك بالميراث ولا يملك ما لم يملكه السيد واختلفوا هل يملك إذا ملكه السيد مالاً أم لا؟ فقال مالك وداود وهو قول الشافعى فى القديم: إن العبد يملك المال بتمليك سيده حتى يجوز له أن يشترى ويتصرف فى المال كيف يشاء وقال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد: إن العبد لا يملك المال. وإن ملكه سيده ولا يجوز أن يشترى ولا يتصرف فيما بيده إلا بإذن سيده، الحاوى الكبير للماوردى (٥/ ٢٦٥).

(٣) أخرجه البخارى: المساقاة (٥/ ٦٠) ح (٢٣٧٩) ومسلم: البيوع (٣/ ١١٧٣) ح (٨٠/ ١٥٤٣).

فإن باعه السيد وله مال: فإن شرطه المبتاع لكان للعبد بالشرط، وإن سكت عن ذكره فهو للبائع لقوله ﷺ: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[(١)]، وسواء كان عينًا أو عرضًا، ثم يكون المشترى فيها كالبائع إن شاء أقره فى يده وإن شاء انتزعه، وله أن يطأ بملك اليمين إذا وهبه السيد أمة أو أذن له فى ابتياعها.

فصل

ومال العبد تابع له فى العتق إلا أن يشترطه المالك لقوله ﷺ: «من أعتق عبداً فماله له إلا أن يستثنيه سيده»[(٢)]، فاختلف عنه فى الوصية والهبة فعنه فيه روايتان[(٣)]:

إحداهما: أنه للواهب، والأخرى: أنه تابع للعبد، وإنما اختلف ذلك لاختلاف التعليل فى البيع والعتق: فمن أصحابنا من علل البيع بأنه عقد معاوضة، فلذلك كان مالك العبد لمن خرج عن ملكه وعلل العتق بأنه إخراج الملك عن غير عوض، فلذلك كان مال العبد تابعًا له، فعلى هذا يجب أن يكون فى الوصية والهبة المال للعبد دون الموصى والواهب، لأنه خروج مالك من غير عوض كالعتق، ومنهم من علل البيع بأنه خروج ملك إلى مالك [والعتق بأنه خروج ملك إلى غير مالك][(٤)]، فعلى هذا لا يكون فى الهبة والوصية تابعًا للعبد لأنه خروج ملك إلى مالك.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود: العتق (٤/ ٢٧ ـ ٢٨) ح (٣٩٦٢)، وابن ماجه: العتق (٢/ ٨٤٥) ح (٢٥٢٩)، والدارقطنى: سننه (٤/ ١٣٣) ح (٣١).

(٣) انظر الموطأ (٢/ ٦١١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

لا يجوز التفرقة بين الأَمَة وولدها في البيع، ويفسخ ذلك إن وقع خلافًا لأبى حنيفة[١]، لقوله ﷺ: «لا توله والدة عن ولدها»[٢]، وقوله ﷺ: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[٣]، ولأنه بيع منع منه لحق الله تعالى في أحكام المبيع، فكان باطلاً أصله بيع الخمر.

فصل

فإن أجاب المشترى إلى الجمع بينهما فلا يجوز البيع أيضًا لأن المنع من ذلك لحق الله تعالى فلا يسقط بإسقاط الآدمى، وفى حد التفرقة روايتان: الإثغار[٤] لأنه يستقل عن ذلك بنفسه ولا يستضر بفراق أمه كالاحتلام، والأخرى البلوغ لأنها حال صغر اعتباراً بما قبل الإثغار.

فصل

ويفرق بينه وبين الأب لأنه لا يستضر الطفل بمفارقة الأب كاستضراره بمفارقة الأم، ولأن الأم أولى بذلك لأن حق الحضانة يثبت لها دون الأب.

فصل

لا يفرق بين الأَمَة المسبية وبين ولدها لعموم الأخبار، ولأن المعنى فى المسبية وغيرها سواء، ويقبل قولها فى أنه ولدها لأنه لا ضرر عليها فى ذلك إلا فى التوارث فلا يقبل.

---

(١) لأن هذا من البيوع المكروهة فقط عند أبى حنيفة، انظر الاختيار (٢/ ٣٣)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٦٠).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/٨) ح (١٥٧٦٧)، وانظر نصب الراية (٣/ ٢٦٦).

(٣) أخرجه الترمذى: البيوع (٣/ ٥٧١) ح (١٢٨٣) وقال: حسن غريب، وأحمد: المسند (٥/ ٤٨٣) ح (٣٥٧٤).

(٤) الثغر: الفم أو الأسنان أو مقدمها وثَغَر أى نبتت أسنانه، القاموس المحيط (١/ ٣٨٢).

باب

التصرية عيب وتدليس إذا قصد به البائع التدليس، والمصراة هى: الشاة أو الناقة أو البقرة يجمع اللبن فى ضرعها ليعظم فيظن المشترى إذا حلبها أن ذلك قدر حلابها، والتصرية فى اللغة الجمع، قال: صريت الماء فى الحوض إذا جمعته[١]، ومنه قوله تعالى: ﴿فأقبلت امرأته فى صرة﴾ [الذاريات:٢٩]، قيل: جمع من النساء[٢]، فمن ابتاع مصراة ثم علم بذلك بحلابها فهو بالخيار إن شاء أمسكها بعيبها وإن شاء ردها ورد صاعًا من تمر للبن الذى حلبه منها، وقال أبو حنيفة: ليست التصرية بعيب ولا يثبت بها حق رد واللبن الذى فى الضرع لا قسط له من الثمن[٣].

ودليلنا أنها عيب قوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو خير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[٤]، ففيه أدلة: أحدها أنه نهى عنه، فدل على أنها تدليس، والثانى: أنه أثبت للمبتاع الخيار، والثالث: أنه أوجب عليه إذا ردها صاعًا من تمر وعندهم لا يجب، وفيه دليل على أن اللبن يأخذ قسطًا من الثمن، ولأن قيمة الشاة التى تحلب عشرة أرطال أكثر من قيمة الشاة التى تحلب خمسة أرطال والرغبة فى إحداهما أزيد فصارت التصرية تدليسًا بالعيب، فكان للمشترى أن يرد، ولم يمنعه الحلب من الرد كما لو ابتاع ثوبًا، وقد دلس البائع فيه فلم يعلم حتى قطعه لكان له الرد.

فصل

إذا ابتاع شيئًا فاسدًا فسخ البيع ورد الثمن على المبتاع: فإن تلف فى البائع فتلفه منه لأنه على ملكه لم ينتقل عنه، فإن قبضه المبتاع وتلف في يده فضمانه منه لأنه لم يقبضه على الأمانة، وإنما قبضة لشبهة العقد فضمنه، فإن كان مما له مثل ضمنه بمثله، وإن كان مما لا مثل له ضمنه بقيمة يوم القبض لا يوم العقد لأنه لم يضمنه بالعقد فيعتبر يوم

---

(١) القاموس المحيط (٢/ ٦٨).

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٩/ ٦٢١٦).

(٣) ذكره فى الفتاوى الهندية (٣/ ٧٢ ـ ٧٣).

(٤) تقدم تخريجه.

العـقد، وإنما يضـمن يوم العقـد ما يكون عـقده صـحيـحًا لا فاسـدًا، وإن كان المبـتاع [استغله][(١)] واستخدمه لم يلزمـه شىء لذلك، لأن الضمان منه فكان الخراج له، والعتق فوت لأنه لا يمكن رده معه لأنه ينفـذ فى شبهة العقد كنفوذه فى العقـد الصحيح لقوته وتغليبـه، وحوالة الأسواق فوت لأن فـيه ضررًا على البائع أن تؤخـذ السلعة منه وهى تساوى مائة وترد عليه وهى تساوى عشرين، والعيوب فى البدن فوت أيضًا.

وقد اختلف [أيضًا][(٢)] عنه هل هذا حكم جميع المبيـعات الفاسدة أو حكم نوع منها، فعنه فى ذلك روايتان.

إحداهما: أنه حكم جميعـها وهى رواية ابن نافع، والأخرى أنه ما اتفق على فساده وتحريمـه كالربا والغـرر وغيـر ذلك، فأمـا ما اخـتلف فى تحريمـه فإنه إذا مـات أمضى بالثمن.

فوجه الأولـى: أنه مبيع فاسـد كالربا، ولأن الاتفاق لا مزية له على الاخـتلاف فى الحكم بفساد العقد ما لم يفارق الاختلاف حكم الحاكم.

ووجه الثانية: أن الاختلاف يقتضى شبهة للقابض، فكان الثمن أولى من القيمة لأن الثمن متـفق عليه مع الشبهـة التى ذكرناها، وكان الفوت مـشبهًا بحكم الحاكم بصـحته والأول أقيس.

فصل

البيع جائز مساومة ومرابحة، فالمساومة: ألا يخبر برأس ماله بل يبيع السلعة بما يسوم بها ويوافـقه المبتـاع عليه من مقـدار الثمن، والمرابحـة: أن يخبر برأس مـاله، ويلتمس الربح على حساب معلوم مثل أن يقول: رأس مالها مـائة ويبيعها بربح كل عشرة واحدًا أو اثنين أو غير ذلك مما يلتمسه، وكل جائز لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولأن الغرض أن يكون الثمن معلومًا، فـعلى أى وجه أوقعه جاز، وإذا ثبت هذا فقد ينفرد رأس المال من شىء يتـبعه وقد ينضم إليه شىء يتبعه كـالقصارة والخياطة والصبغ والـطى والشد والسمـسرة والكراء وغـير ذلك، فإن انفـرد رأس المال عن شىء

(١) ثبت فى (أ) استعمله.

(٢) سقطت من (ب).

[يتبعه][١] لم يلزم سواء وما قدر من الربح له، وإن انضم إليه شيء من ذلك لم يخل من أحد أمرين:

إما أن يخبر [البائع][٢] برأس المال وما لزمه ويشترط ضمه إلى رأس المال وطلب الربح للكل، فهذا يكون له ما اشترطه، لأن المشترى قد رضى بذلك، وكأن البائع قال ابتداء: لا أبيعها إلا بكذا فرضى المبتاع فيجوز.

وأما أن يطلق العقد ويسكت عن اشتراط ضم هذه التوابع إلى رأس المال وعن اشتراط ربح لها، فهذا ينظر فيه: فيضم إلى رأس المال كل ما له عين قائمة فى المبتاع مثل القصارة والخياطة والصبغ والطرز، ويحسب لها بقسطها من الربح لأنها جارية مجرى أصل المبتاع، وما عدا ذلك من شد وطى وسمسرة، فلا يضم إلى رأس المال فلا يحسب له ربح لأنه ليس بمؤثر فى المبتاع ولا المبتاع مضطر إليه حتى يمكن حصوله إلا به لأن التاجر يفعله ترفيهًا لنفسه عن التعب، فليس له أن يلزم بذلك المبتاع مؤنة زائدة إلا أن يعلم أن شراء ذلك المتاع لا يمكن أن يتولاه من يشتريه إلا بوسيط وسمسار، والعادة جارية بذلك فيحسب فى رأس المال ولا يحسب له ربح لأنه ليست له عين قائمة مؤثرة فى المتاع، ويحسب نقل المتاع من بلد إلى بلد، [فأما كراء المنزل][٣]، فإن كان التاجر اكتراه ليسكنه ويأوى فيه إلى وقت انصرافه فالمتاع [تبع][٤]، فلا يحسب النفقة على نفسه طول مقامه، وإن كان اكتراه ليحرز المتاع فيه ولولا ذلك لم يحتج إليه، فإنه يحسب بغير ربح يضرب له على ما ذكرناه.

(١) سقطت من (أ).
(٢) سقطت من (أ).
(٣) سقطت من (ب).
(٤) ثبت فى (ب) (بيع).

باب

إذا اختلف المتبايعان فى مقدار الثمن: ففيها ثلاث روايات:

إحداها: أن التحالف والتفاسخ واجب بينهما على أى وجه كان سواء كانت السلعة فى يد البائع أو المشترى باقية أو تالفة إلا أن يرضى المشترى أخذها بما يدعيه البائع وهو قول أشهب والشافعى[1].

والثانية: أنه إن كانت السلعة لم تقبض تحالفا وتفاسخا، وإن كانت قد قبضت فالقول قول المشترى مع يمينه وهى رواية ابن وهب.

والثالثة: أن السلعة إن كانت باقية لم تفت ولا تغيرت فى بدن ولا سوق وإن كانت قد قبضت فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن تلفت أو تغيرت بما ذكرناه، فالقول قول المشترى مع يمينه، وهذه رواية ابن القاسم وهو قول أبى حنيفة[2].

فوجه قوله: إنهما يتحالفان ويتفاسخان على كل وجه قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ويترادان»[3]، وروى: «يتحالفان ويتفاسخان»[4] فعم ولم يخص، ولأن الاختلاف فى ثمن المبيع يوجب التحالف، أصله قبل القبض، ولأنه لما كان القول قول المالك فى أصل البيع إذا قال: بعتكها، وقال الآخر: وهبتنيها، كان القول قوله أيضًا فى صفة ذلك الشىء ما أمكن.

ووجه اعتبار القبض دون الفوات أن الأصول موضوعة على أن اليمين فى جنبة أقوى المتداعيين سببًا، والمشترى بعد القبض أقوى سببًا لما دفع إليه السلعة وائتمنه عليها إذا لم يشهد عليه ويتوثق منه وجب أن يكون القول قوله كما كان للذى الشىء فى يده

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٧٧)، المهذب للشيرازى (١/ ٢٩٤).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٦١).

(٣) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٣) ح (٣٥١١)، والترمذى: البيوع (٣/ ٥٦١) ح (١٢٧٠)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٦٦)، (باب اختلاف المتبايعين فى الثمن)، ومالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٧١) ح (٨٠).

(٤) ذكره الحافظ ابن حجر بلفظ «إذا اختلف المتبايعان تحالفا» وقال: اعترف الرافعى فى التذنيب أنه لا ذكر لها فى شىء من كتب الحديث. وإنما توجد فى كتب الفقه. وكأنه عن الغزالى فإنه ذكرها فى الوسيط، وهو تبع إمامه فى الأساليب، انظر تلخيص الحبير (٣/ ٣٥) ح (٢).

من المتداعيين القول مع يمينه.

ووجه اعتبار الفوات والتغيير قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع، فإن استهلكت، فالقول قول المشترى»، وروى: «والسلعة قائمة تحلفا وترادا»[١]، ولأن التحالف سبب يثبت به فسخ البيع فسقط بتلف المبيع كالإقالة، ولأنا لو أوجبنا التحالف فى هذا الموضع لكنا قد أوجبنا على المشترى القيمة، وربما كانت أضعاف ما يدعيه البائع من الثمن فيكون قد ألزمناه ما لم يدعه عليه خصمه.

فصل

إذا ثبت هذا فصفة المسألة على [الروايات][٢] الثلاث: أن الاختلاف لا يخلو أن يكون قبل القبض أو بعده: فإن كان قبله فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ويبدأ البائع باليمين فيحلف أنه لم يبع السلعة إلا بما ادعاه، فإن حلف قيل للمشترى: إما أن تحلف على ما ادعيت ويفسخ البيع بينكما وإلا ألزمناك بما حلف البائع عليه، فإن حلف سقط عنه ما ادعاه البائع وفسخ العقد، فإن نكل لزمه البيع بيمين البائع ويكون له بما يدعيه فإن نكل البائع أولاً نقلت اليمين إلى المشترى، فإن حلف وجبت له ما يدعيه، فإن نكل فاختلف فيه: فقيل: يترادان، وقيل: يكون القول قول البائع.

فوجه التراد أنهما قد استويا فى الحال كما لو حلفا لأنه ليس أحدهما أرجح من الآخر.

ووجه ترجيح البائع أنه أقوى سببًا من المشترى لأن المشترى قد أضعف نفسه بنكوله، هذا كله إذا كانت السلعة لم تقبض، فأما إذا قبضت فعلى رواية اعتبار القبض تعرض على المشترى، فإن حلف وجبت له حلف باليمين وقوة السبب، وإن نكل ردت اليمين على البائع، فإن حلف ثبت له ما يدعيه بنكول المشترى ويمينه، وإن نكل فقد ذكر الخلاف وترتيب الرواية الأخرى على مثل هذا.

---

(١) ذكره الحافظ ابن حجر بلفظ: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة، ولا بينة لأحدهما تحالفا». وقال: رواها عبد الله بن أحمد فى زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده، ورواها الطبرانى، والدارمى من هذا الوجه، وانفرد بهذه الزيادة وهى قوله: «والسلعة قائمة» وأما قوله فيه: «تحالفا» فلم يقع عند أحد منهم، وإنما عندهم: والقول قول البائع أو يرادان البيع. انظر تلخيص الحبير (٣/ ٣٦) ح (٣).

(٢) ثبت فى (ب). (على الصفات).

فصل

وإن كان الاختلاف فى البيع فادعى البائع أنه حال وادعى المشترى التأجيل فينظر[١]: فإن كان العرف جاريًا فى موضعهما بأن ذلك النوع لا يباع إلا نقدًا لا نساء فاليمين على مدعى العرف لقوة سببه والقبض غير مؤثر، فإن كانا لم يفترقا: فقيل: القول قول البائع [لأن العرف لا يثبت حال التبايع لأن تقدم النقد على العقد وتأخره على وجه واحد، وقيل: القول قول المشترى][٢]، لأن العرف فى الجملة شاهد له، فأما إن لم يكن لذلك النوع المبيع عرف من تعجيل أو غيره وادعى المشترى أجلاً بشبهة، فقيل القول قول المشترى مع يمينه بعد القبض كالاختلاف فى المقدار، وهذه رواية ابن وهب، وقيل: القول قول البائع كهو قبل القبض، وإن تصادقا فى الأجل واختلفا فى مدته فالقول فى الاختلاف فى مقدار الثمن سواء، فأما الاختلاف فى عين الثمن وجنسه فإنهما يتحالفان ويترادان [والقبض لا يؤثر لأن][٣] عين الثمن لا يقع فيها ائتمان وفيه نظر، وفروع هذا الباب تطول.

---

(١) ثبت فى (أ) (فانظر).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) سقط من (ب).

باب

ومن وطىء أمة ثم أراد بيعها فعليه أن يستبرئها[1] قبل البيع، وعلى المشترى أن يستبرئها قبل أن يطأها، وقال أبو حنيفة[2] والشافعي: الاستبراء على المشترى ويستحب للبائع[3]، وحكى عن عثمان البتى أنه يلزم البائع ولا يلزم المشترى[4]، ودليلنا على وجوبه على البائع أنه إذا وطئها جاز أن تكون حاملاً من ذلك الوطء فيكون بائعًا لولده ومدخلاً للشبهة فى النسب لأن المشترى قد يبادرها فيطأها قبل الاستبراء، ولأنه أحد المتبايعين فلزمه كالمشترى، ولأن المشترى إنما لزمه الاستبراء لحفظ مائه لئلا يدخل على ماء غيره، فالبائع يلزمه من حفظ مائه ما يلزمه المشترى.

فصل

ودليلنا على وجوبه على المشترى خلافًا للبتى قول النبى ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض»[5]، وقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره»[6]، ولأنه لا يأمن أن تكون حاملاً فيكون بوطئه مدخلاً للشبهة فى النسب فلزمه الاستبراء، وكذلك لا يحل له توابع الوطء من اللمس للذة والقبلة لأن حالها مترددة بين أن تكون مملوكة له وهو أن لا يظهر بها حمل وبين أن تكون أم ولد لغيره.

فصل

والاستبراء حيضة لقوله ﷺ: «حتى تحيض»[7] فأطلق، ولأن الغرض براءة الرحم،

(١) قال ابن عرفة: (والمراد بالاستبراء الكشف عن حال الرحم). حاشية الدسوقى على الشرح الكبير.

(٢) الاختيار للموصلى (٢/٩).

(٣) روضة الطالبين (٨/٤٢٧).

(٤) حكاه ابن قدامة فى المغنى. انظر المغنى (٩/١٥٨).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

وذلك يحصل بالمرة، وتفارق الحرة لأن الزيادة لحرمة الحرية، فإن اتفقا على استبراء واحد جاز لأن الغرض يحصل، ويستحب أن توضع على يدى امرأة من عدول النساء لأن ذلك أصون لها وأحفظ، ويكره أن تكون عند المشترى لئلا يتعجل بوطئها.

فصل

إذا وطىء الأمة سيدها ثم باعها قبل أن يستبرئها فوطئها المشترى قبل أن يستبرئها فأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من وطء الأول أو الثانى نظر إليه القافة[١]، فبأيهما ألحقوه لحق فإن ألحقوه ببائعها انفسخ بيعها، وإن ألحقوه بمشتريها لم يبعها، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لوطء الثانى وهو لستة أشهر من وطء الأول فهو للأول دون الثانى.

وأما ولد الزوجة فالظاهر من قول مالك أنه لا يحكم فيه بالقافة، وذكر الشيخ أبو بكر الأبهرى عن أبى يعقوب الراوى أن ابن وهب روى عن مالك أنه يحكم فيه بالقافة كولد الأمة، وقد بينا أن الحكم بالقافة إنما هو فى وطء الرجلين الأمة فى طهر واحد إذا أتت به لما يتشبه أن يكون منهما، وعند أبى حنيفة أن الحكم بالقافة باطل ولا يراعى الشبه، قال: فإذا تنازع الولد رجلان لحق بهما وكان ابنًا لهما يرثانه ويرثهما وكذلك عشرون وثلاثون رجلاً لو ادعوه إن أمكن ذلك[٢].

وقال الشافعى: يحكم القافة فى ولد الأمة والحرة[٣]، ودليلنا على وجوب الحكم بالقافة ما روى عن عائشة أنها قالت: دخل رسول الله ﷺ تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم ترى إلى مجزز المدلجى، نظر إلى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض[٤].

---

(١) القافة بتخفيف الفاء جمع قائف عن الجوهرى وغيره وقال القاضى عياض: هو الذى يتبع الأشباه والآثار ويقفوها. أى يتبعها فكأنه مقلوب من القافى وهو: المتبع للشىء قال الأصمعى: هو الذى يقفو الأثر ويقتافه وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه) المطلع (ص/ ٢٨٤).

(٢) قال الكاسانى: (ولو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعًا معًا فهو ابنهم جميعًا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد: لا يثبت من أكثر من ثلاثة) بدائع الصنائع (٦/ ٢٤٤).

(٣) روضة الطالبين (١٢/ ١٠٣).

(٤) أخرجه البخارى: الفرائض (١٢/ ٥٧) ح (٦٧٧٠ ـ ٦٧٧١)، ومسلم: الرضاع (٢/ ١٠٨٢) ح (٣٩/ ١٤٥٩).

[فوجه الدلالة][١]: أن المشركين كانوا يطعنون فى نسب أسامة لأنه كان أسود وكان زيد أبيض، وكان ذلك يشق على رسول الله ﷺ فسر بقول مجزز لكونه قائفًا عارفًا بالأنساب، ولو كان ذلك ظنًا وتخمينًا لا يتعلق به حكم لم يسر به، ولأنكر على مجزز إخباره به كما ينكر كل ما يذكر من أمر الجاهلية وأحكامها مما ليس فى شرعه إقراره، ويدل على أن اعتبار الشبه فى اضطراب النسب واجب حديث سعد و عبد بن زمعة لما تنازعا الولد فادعاه سعد لأخيه وادعاه عبد بن زمعة لأبيه، فحكم النبى ﷺ به لصاحب الفراش وهو زمعة، ثم قال لسودة: «احتجبى منه»[٢] لما رأى من شدة شبهه بعتبة مع ثبوت الأخوة بينهما وبين هذا الولد، وكذلك قوله ﷺ فى قصة هلال بن أمية: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لى ولها شأن»[٣] فدل على أن الشبه معتبر فى إلحاق النسب ونفيه، وروى عن عمر وأنس الحكم بالقافة، وهو عمل أهل المدينة المنتشر بينهم، ولأن حقيقة النسب من الأب لا يعلمها إلا الله تعالى أو من أطلعه الله عليه، وإنما يثبت بالاستدلال والفراش من جهة الظاهر، ووجدنا القافة لهم اختصاص بهذا العلم من طريق معرفة الشبه لا يدفع أحد ذلك، فجاز أن يكون لهم مدخل فيه كما جاز أن يكون للتجار مدخل فى السلع المتلفات، ولأهل الحرز مدخل فى الخرص فى الزكوات وغيرها.

فصل

ودليلنا على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد قوله تعالى: ﴿وورثه أبواه﴾ [النساء:١١]، وقوله: ﴿أن اشكر لى ولوالديك﴾ [لقمان:١٤]، وقوله: ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حسنًا﴾ [العنكبوت:٨]، ولأن استحالة ذلك فى الشرع جار مجرى استحالة الأمر من طريق المشاهدة.

---

(١) ثبت فى (ب) (موضع الدليل).

(٢) أخرجه البخارى: البيوع (٤/٣٤٢) ح (٢٠٥٣)، ومسلم: الرضاع (٢/ ١٠٨٠) ح (١٤٥٧/٣٦).

(٣) تقدم تخريجه.

فصل

فأما منع ذلك فى ولد الحرة فلأن الحكم بالقافة لا يثبت بالقياس ولم يرد فى الحرة شرع، ولأن الحرة لا يتساوى فيها الوطئان فى الفراش لأنها لابد أن تكون فراشًا لأحدهما دون الآخر إذ لا يجوز أن تكون فراشًا لهما جميعًا، فيلحق الولد لصاحب الفراش، وليس كذلك الأَمَة لأنه قد يستوى حكم الواطئين من جهة الملك لأنها إذا كانت بين شريكين فهما يتساويان فى الملك ويشتريها واحد بعد واحد، فيقع العقد صحيحًا، فلذلك احتجنا إلى الترجيح، واعتباره من الطريق الذى يعتبر منه وبالله التوفيق.

[بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على محمد][1]

١٥
كتاب الإجارات [2]

الأصل فى جواز الإجارة فى الجملة خلافًا لمن لا يعتد له[3]، قوله تعالى: ﴿إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج﴾ [القصص:٢٧]، فنص على جواز الإجارة والمعاوضة على المنافع، وقوله فى هذه القصة: ﴿يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين﴾ [القصص:٢٦]، وقوله ﷺ: «أعط الأجير حقه قبل أن يجف عرقه»[4]، وقوله: «ثلاثة أنا خصيمهم يوم القيامة فذكر رجل استأجر أجيراً فاستوفى عمله ولم يوفه أجره»[5]، ولأن بالناس حاجة إلى تمليك المنافع كحاجتهم إلى تمليك الأعيان، ولأنه إجماع السلف والخلف على مر الأعصار قبل خرق من خرقه، فلا يعتد بخلافهم فيه[6].

---

(١) سقط من (ب).

(٢) الإجارة فى اللغة: اسم للأجرة والأجرة كراء الأجر وآجره إذا أعطاه فهو آجر. المغرب (٢٧/١). وفى الاصطلاح: (بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبعض بتبعيضها. شرح حدود ابن عرفة (٢/٥١٦).

(٣) قال ابن قدامة: (اجمع أهل كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك لأنه غرر يعنى أنه يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأعصار وسار فى الأمصار) المغنى (٦/٣).

(٤) أخرجه ابن ماجه: الرهون (٢/٨١٧) ح (٢٤٤٣) فى الزوائد: إسناده ضعيف. وهب بن سعيد، وعبد الرحمن بن زيد ـ ضعيفان. والبيهقى فى الكبرى (٦/ ٢٠٠) ح (١١٦٥٩). انظر نصب الراية (٤/١٢٩).

(٥) أخرجه البخارى: الإجارة (٤/٥٢٣) ح (٢٢٧٠)، وابن ماجه: الرهون (٢/٨١٦) ح (٢٤٤٢) وأحمد: المسند (٢/ ٤٧٥) ح (٨٧١٣).

(٦) المغنى لابن قدامة (٦/٣)، الإجماع لابن المنذر (ص١٠١)، نيل الأوطار للشوكانى (٥/ ٢٨١).

فصل

الإجارة هى عقد معاوضة علـى منافع الأعيان، ولا تخلو المنافع من أحد أمرين: إما أن تكون معلومـة الجنس كخيـاطة الثوب وبناء الحائط وركـوب الدابة وسكنى الدار وما أشبه ذلك، وغير معلومة مثل خدمة العبد وما فى معناها.

فالـقسم الأول لا يحـتاج إلى ضرب أجـل لأنه مستـغنى بالعلم بجنسـه عن أن يعلم بأجل يحصره.

والقسم الثـانى يحتاج إلى أصل ينضـبط به، لأنه غير معلوم فى نفـسه، ألا ترى أن خدمة العبد تختلف فتكون فى خبـز، أو طبخ أو خدمة دابة أو شراء حاجة أو غير ذلك مما يستخدم فى مثله الأحراء، فلو لم ينضبط بمدة مـحصورة لدخل المنافع المستأجرة عليها الجهل والغرر فاحتيج إلى ضرب مدة تضبط بها.

فصل

تجوز إجـارة الدور والأرضين والحوانيت والثـياب والدواب والرقـيق وأوانى الحديد والخشب وغير ذلك من العروض.

ويجوز عـقد الإجارة على كل منفـعة يستـباح تناولها ويجـوز لمالكها منعهـا وبذلها: كخياطة الثوب وبناء الحائط والصياغة والقصابة والصبغ وسائر الصنائع، وكذلك الخدمة وغيرها من المنافع.

فصل

تجوز إجارة الأعيان كالدور والرقيق وغيرها على ثلاثة أوجه:

أحدها: على مـدة معلومة معـينة مثل: أن يقول استـأجرت منك هذه الدار سنة أو سنتين أولها يوم كـذا وانتهاؤها وقت كذا لأن هذا حصر للمنافع المعـقود عليها [بمدة][1] تفوت بفواتها ويلزم المستأجر رفع يده عند تقضيها، ونظيره فى بيوع الأعيان: أن يقول: ابتعت منك هذا الثـوب أو ما فى هذه الرزمة من الثـياب وقد شاهدها وعـرفها فيـجوز ذلك.

(١) سقط من (ب).

والثاني: أن يذكر المدة ولا يحدها من أى وقت يكون، فيقول: استأجرت منك هذه الدار شهراً بدينار ولا يبين أى شهر هو فيصح عندنا ويكون من وقت العقد خلافًا للشافعي في قوله: إنه لا يصح إلا أن يبين أوّله[١]، لأن الإطلاق فى هذا محمول على العرف والعرف جار بين الناس فى بياعاتهم وإجاراتهم ومعاملاتهم أنهم إذا أطلقوا الأجل، فالمراد به من وقت العقد، ألا ترى أن من باع من رجل ثوبًا بدينار إلى شهر فإنه يحمل على أن ابتداءه من وقت العقد، وكذلك إذا أسلم إليه بشىء فى ذمته وقدر الأجل ولم يعينه، فإنه يكون من وقت العقد، وكذلك قلنا فيمن حلف ألا يكلم زيداً شهراً ولم يعينه، فإن يمينه تنعقد من وقت حلفه لأن العرف جار فى كل هذا بأن المراد به الفور والحال كذلك الإجارات.

والثالث: أن يستأجرها مشاهرة فيقول: استأجرت منك هذه الدار على حساب الشهر بكذا أو السنة أو الأسبوع أو أى مدة قدر بها الأجرة، فيجوز وإن لم يعين مدة ما يعقد عليه من ذلك خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يصح إلا أن يقول: استأجرتها شهراً أو شهرين أو مدة يذكرها على حساب كذا[٢].

وإنما قلنا: إن ذلك جائز لأن المنافع المعقود عليها يعلم قدرها باختيار المستأجر، فكأن المؤجر قال: قد أجرتك هذه الدار ما شئت أن يسكنها من المدة على حساب كل شهر بكذا، فذكر الشهر يُراد لتحديد المعقود عليه وهو أجرة المنافع وإخراجه من [حيز][٣] الغرر والجهل ليقع الحساب عليه عند استيفاء المنافع، فيكون كقوله: قد بعتك من هذا الكر ما شئت على حساب كل قفيز بدرهم، فمهما أخذ منه استحق ثمنه عليه بما يقدر له، كذلك الإجارة فإذا ثبت هذا وقع العقد على هذا الحد: فلكل واحد منهما أن يترك إذا [شاء][٤] فيسكن المستأجر ما شاء من المدة ويخرج إذا شاء وتلزمه الأجرة بحساب ما سكن، وكذلك المالك له أن يطالبه بالخروج أى وقت شاء، وقال عبد الملك: تلزمه أجرة حد واحد مما جعلاه علمًا على حساب الأجرة من شهر كذا أو سنة، كأنه قال: استأجرت منك هذه الدار كل شهر بدينار فيلزمه كراء شهر، وكذلك لو قال: كل سنة لزمه كراء سنة واحدة.

---

(١) انظر روضة الطالبين (٥/١٩٦)، المهذب للشيرازى (١/٣٩٦).
(٢) المهذب للشيرازى (١/٣٩٦)، روضة الطالبين (٥/١٩٦).
(٣) ثبت فى (ب) (من جهة).
(٤) ثبت فى (ب) (إنشاء).

فوجه الأول: أن العقد لم يقع على شهر كامل، وإنما وقع على حساب الشهر بكذا، فلم يلزم سكنى ما لم يقع العقد عليه، ووجه الثانى: أنه إذا قال: كل شهر بدينار فكأن الكراء إنما وقع على الحد الذى جعل علمًا على معرفة الأجرة المقدرة به.

فصل

إجارة الدراهم والدنانير وكل ما لا يعرف بعينه لا تصح، وإجارته قرضه، والأجرة ساقطة عن مستأجره هذا قول ابن القاسم، وشيخنا أبو بكر الأبهرى وغيره يزعمون أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه إذا كان المالك حاضرًا معه، ولابن القاسم أن الإجارة معاوضة على منافع الأعيان وإذا كانت العين نفسها لا يصح الانتفاع بها مع تبقيتها وإنما يصح مع إبدالها ببيع وغيره لم تصح إجارتها، وقد علم أن الدنانير والدراهم لا منفعة فيها مع بقاء العين، فلا يستحق أن يبذل العوض فى مقابلتها بخلاف الدور والدواب وغيرها فلم يصح إجارتها.

وإنما قلنا: إن إجارتها قرضها لأن ربها ملك المدفوع إليه الانتفاع بها ولا ينتفع إلا بإتلاف أعيانها فصار ذلك ملكًا له، فلو قلنا: إنه تلزمه أجرة لكان فى معناه قرض جر نفعًا، ودراهم بدراهم متفاضلة وذلك غير جائز، ووجه القول الآخر: أن الانتفاع بهما يمكن بأن يضعها المستأجر بين يديه يتكثر بها ويتجمل، وله غرض فى أن يرى الناس معه دنانير ودراهم فينفعه ذلك فيما يقصده به، وإذا كان كذلك صحت إجارتها.

وإنما قلنا: يجب أن يكون المالك معها لئلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها وزيادة فيكون تفاضلاً وقرضًا جر نفعًا.

فصل

عقد الإجارة لازم من الطرفين ليس لأحد المتعاقدين فسخه مع إمكان استيفاء المنافع المعقود عليها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن العقد يجوز أن يفسخ بوجود العذر فى حق المكترى أو المكرى وإن أمكن استيفاء المنفعة مثل أن يكترى جمالاً للحج ثم يبدو له أو يمرض فله الفسخ، أو دارًا يسكنها ثم يريد السفر أو دكانًا ليتجر فيه فتحترق متاعه فله الفسخ عنده فى ذلك كله[1].

(١) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٨٠)، الاختيار للموصلى (٢/ ٧٨).

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١] ولأنه عقد معاوضة محضة فلم يكن لأحدهما فسخه لمعنى فى العاقد كالبيع، ولا يدخل عليه النكاح لأنها ليست بمحضة، ولأن أحدهما إذا قال: لا أريد السفر إلى الجهة التى وقع الكراء إليها فعندهم أن هذا [عذر][1] فى حق المكترى دون المكرى، فنقول: كل معنى لا يملك به المكرى فسخ الإجارة لم يملك بمثله المكترى، أصله غلاء الأجرة ورخصها.

فصل

الأجرة لا تستحق تسليمها بمجرد العقد ولا بتسليم العين المستأجرة، وإنما تستحق الأجرة أولاً بأول لكل جزء من المال يقابل كل جزء من المنافع، إلا أن يكون هناك عادة أو شرط فيستحق التسليم لها أو يكون تأخيرها يؤدى إلى أمر ممنوع فيلزم تقديمه لذلك لا بمجرد العقد.

وقال الشافعى: يستحق تسليم الأجرة بتمام عقد الإجارة وتسليم العين المستأجرة شرط ذلك أو لم يشترط[2].

ودليلنا: أن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الثمن فى البيع لرقبة المبيع، وقد ثبت أن فى البيع لا يلزم تسليم الثمن بمجرد العقد إلا بعد تسليم المعقود عليه، فكذلك يجب فى الإجارة، ولا تلزم عليه الإجارة بثوب بعينه أو بفاكهة رطبة لأن هناك قارن العقد ما أوجب التعجل، فيكون له كاشتراط التقديم.

فصل

كل معنى طرأ بمنع استيفاء المنافع فإن العقد ينفسخ معه، وذلك كانهدام الدار واحتراقها وغصبها، وكذلك امتناع المؤجر من تسليمها حتى فات وقت الإجارة ظلمًا، وكذلك مرض العبد والدابة وهذا كله فى الإجارة المعينة دون المضمونة لأن امتناع استيفاء المنافع لا يلزم معه الأجرة لما بيناه [أن العوض لا يستحق إلا بتسليم المنافع كالأعيان][3].

(١) ثبت فى (ا) (غرر).

(٢) المهذب للشيرازى (١/٣٩٩)، روضة الطالبين (٥/١٧٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

إذا تسلم المستأجر الدار أو الدابة المعينة وتمكن من استيفاء المنفعة فلم يستوفها حتى انقضت المدة فقد استقرت الأجرة عليه[1]، لأن الذى يجب على المكرى تسليمها وتمكينه من المنفعة وقد فعل، فإذا اختار ألا يستوفيها فلا يلزم المكرى شىء كما لو ابتاع مأكولاً رطبًا [وقبضه][2] فلم يأكله حتى تلف لزمه الثمن ولم يلزم البائع شىء.

فصل

الإجارة على ضربين: إجارة عين وإجارة متعلقة بالذمة، وكل ذلك جائز لأن العين لما كان له بيعها كان له بيع منافعها، وكذلك لما كان له بيع شىء من الأعيان فى ذمته أعنى أعيانًا مبيعة لا أعيانًا معينة، فكذلك المنافع لأن الإجارة معاوضة على المنافع كما أن الأثمان معاوضة على الرقاب، فلما جاز العقد على رقبة الدابة بالوجهين جميعًا ـ أعنى بيع الدابة بعينها وأن يُسلم فى دابة موصوفة فى الذمة ـ صح العقد على منافعها بالوجهين جميعًا.

فصل

فإذا ثبت ذلك فإن كان العقد على دابة معينة فلا بد أن تكون المنفعة المعقود عليها معلومة من ركوب أو طحن أو حمل أو غير ذلك، وإنما وجب ذلك لانتفاء الغرر بانتفاء الجهالة، وليعلم المكترى ما الذى يعاوض عليه من المنافع وكذلك المكرى، فإذا ثبت ذلك فإن الحق يتعلق بالذمة فى المعين بل يتعين لتلك العين، فإن تلف [قبل استيفاء المنفعة، فإن العقد ينفسخ لتعذر استيفاء المنافع المعقود عليها لأنها مستحقة على وجه لا يمكن فيها القضاء ولا يلزم المكرى أن يأتى بغيرها؛ لأنه لا يستحق عليه منافع غيرها، وإن تلف][3]، بعد استيفاء بعض المنافع دون جميعها، فإن العقد ينفسخ فيما بقى ويلزمه من الأجرة بقدر ما استوفاه من المنفعة بقيمته من الأجرة ويسقط عنه الباقى هذا الكلام فى المعين.

(١) انظر المدونة الكبرى (٣/٤٢٨).

(٢) سقطت من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

فأما المضمون فى الذمـة فمثل: أن يستأجر منه دابة ليركبهـا إما إلى موضع معين أو أجل بعينه[١].

وإنما قلنا: إنه لا بد من أحد هذين ليحصل العلم بما يعـاوض عليه لأن العمل يتقدر تارة بالمدة وتارة بنفسه بالركوب إلى موضع بعينه مقدر بنفسـه مستغن عن ضرب مدة فيه كخياطة القميص وبناء الحائط، والركوب على الإطلاق من غـير اشتراط مسافة معينة أو مقدرة لابد فيه من ضـرب مدة كخدمة العبد وإلا دخله الجهل، [فـإذا ثبت ذلك فيجوز حالاً إلى أجل][٢] لأنا لو لم نجـزه إلى أجل لأدى إلى بطلان انتـفـاع الناس بالكراء أو انقطاع معايشهم وتجاراتهم، وصورته إلى أجل مثل: أن يكترى منه فى رجب أو شعبان للحج وعادة الناس فى الخروج عندنا ببـغداد فى ذى القعدة فيقـول: اكتريت منك كراء فى ذمتك إلى الحج بعشرين ديناراً أو ما يتـفقان عليه والأجل وقت خروج الناس، فإذا ثبت ذلك فيجب تعجيل النقد فيمـا يؤجل اعتباراً بالسلم لأن فى تأخيره كونه ديناً بدين، فأما فى الحج فعنه روايتان:

إحداهما: [أنه لا يجوز تأخير النقد إلا فى اليسير وهو الثلاث فدونه، والآخر][٣] أنه يجوز ويكتفى فيه بالعربان كالدينارين والثلاثة.

فوجه الأولى: أن فى وجوب النقد ليخـرج عن باب الدين بالدين، وإنما جاز التأخير فى اليسير لأن الغالب فى الأصـول أن حكم الأكثر فى حكم الجميع وأن الأقل لا حكم له.

ووجه الشـانية: أن تقديم العربان يخـرجه عن باب الدين بالدين، فقـد تعجل الشيء من أحد الطرفين، ولم يكلف نقد الكل خيـفة الغرر لأن المكرى قد ينتفع فى الثمن ثم يخلفه، وقـد جرت العـادة بذلك منهم، فكان الأصلح عقـد العربان ليـخرج عن الدين بالدين فى جميع العقد ثم يكون الباقى كالوديعة عند [المكترى][٤] أو كالرهن.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٧٤٩).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٤) ثبت فى (أ) (المكرى).

فصل

فأما إذا كان الكراء المضمون حالاً وشرع فى الركوب فلا يحتاج إلى نقد لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه فى الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استيفائه، كما نقول فى المقاثى والمباطخ: إنه يجوز بيعها بالدين وإن كان المعقود عليه لم يخلق أكثره لأنه فى حكم الموجود لتناسقه وتتابعه.

فصل

إذا استأجر للزرع فغرقت سقط كراؤها لتعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها، وإن زرعها وأمكنه شربها فلم ينبت زرعها فعليه الأجرة لأن الذى على المؤاجر: تسليم الأرض وتمكينه من استيفاء المنفعة وليس عليه سلامتها، وكذلك إن نبت الزرع وأصابته جائحة من غير جهة الشرب لم يسقط عنه الكراء لأن التمكين قد وجد واستيفاء المنفعة غير متعذر وامتناع خروج الزرع أو سلامته ليس من مقتضى العقد فلم يلزم.

فصل

لا تبطل الإجارة لموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين المستأجرة وإمكان استيفاء المنافع خلافًا لأبى حنيفة[1]، لأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين إذا لم يكن فيه تلف المنفعة أو تعذر استيفائها، أصله عقد البيع، ولأنه عقد معاوضة من مالك على منفعة ماله، فوجب ألا ينفسخ بموت المالك، أصله إذا زوج أمَته.

فصل

إذا اكترى دارًا فله أن يسكنها بنفسه وله أن يكريها من غيره لأن ملك منافعها ثابت له وليس بمستحق عليه فى استيفائها محل مخصوص، وله أن يكريها بمثل الكراء أو أقل أو أكثر لأنه معاوضة على ملكه كبيع الأعيان،وله أن يكريها من المالك خلافًا لأبى حنيفة[2] لأن كل مملوك جاز أن يملك لغير من ملكه جاز أن يملك لمن ملكه، أصله الأعيان.

---

(١) قال الموصلى: (فإن مات أحدهما وقد عقدها لنفسه انفسخت لإن الإجارة تنعقد شيئًا فشيئًا فلا تبقى بدون التعاقد وإن عقدها لغيره لم تنفسخ). الاختيار للموصلى (٢/ ٧٧) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٨٠).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٤٥١).

فصل

إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئًا فحمل عليها غيره فعطبت: فإن كان أضر بها ضمن قيمتها وإن كان مثله أو دونه فلا ضمان عليه لأنه إذا كان أضرّ بها كان متعديًا بحمله عليها لأنه لا يملك ذلك ولا أذن له فيه صاحبها، ولا بد أن العوض عليه، فإذا كان مثله فهو كما لو تلفت فيما استأجرها له فلا يضمن وإن كان دونه كان أولى ألا يضمن لأنه بعض حقه، فإن سلمت فلربها أن يأخذه بما بين الأجرتين.

وإن اكتراها إلى مكان سار بها إلى غيره فى قدر مسافته أو دونها وقدر مشقته فلا ضمان عليه، وإن تعدى بها إلى غير مثله فى المسافة والمثل منه فى المشقة أو مثله فى المشقة وأبعد منه فى المسافة، فإن تلفت ضمنها، وإن سلمت فلربها الكراء الأول وأخذه بكراء الزيادة أو إسلامها ويضمنه القيمة يوم التعدى.

وصورتها أن يكترى دابة من بغداد إلى الكوفة فيمتد بها إلى فيل[1]: فقد بيّنا أن لصاحبها الكراء من بغداد إلى الكوفة لأن المكترى قد استوفى المنفعة المعقودة عليها بالأجرة المسماة فاستقر البدل عليه فى ذمته وتعديه فيما بعد لا يقدح فى ذلك الاستقرار، وبينا أن صاحبها مخير فيما زاد على ذلك إن شاء أخذه بالكراء وإن شاء ضمنه القيمة.

وقال أبو حنيفة: لا كراء فيما زاد[2]، فدليلنا أنه انتفع بملك غيره من غصب للعين فلزمه بدل ما انتفع به كغير المتعدى.

ودليلنا على أن له تضمينه القيمة خلافًا للشافعى[3]، أنه متعديًا بالإمساك وحبسها عن الأسواق، فتعلق عليها الضمان، فإذا ثبت هذا فعليه كراء المثل كالمتعدى ابتداء لأن هذه المنفعة مستوفاة بغير عقد ولا شبهة عقد.

---

(١) فيل: كانت مدينة خوارزم يقال لها فيل قديمًا ثم سميت المنصورة وهى الآن تدعى كركانج. معجم البلدان (٤/ ٣٢٥) دار الكتب العلمية.

(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٦٦)، الاختيار للموصلى (٢/ ٦٦).

(٣) قال الشيرازى: (وإن استأجر عينًا لمنفعة فاستوفى أكثر منها فإن كانت زيادة تتميز بأن اكترى ظهر ليركبه إلى مكان تجاوزه لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها. المهذب (١/ ٤٠٣).

فصل

إذا اكترى أرضًا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيرًا أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه، فذلك له خلافًا لداود[1]، لأن تعيين ما يزرع فى الأرض هو كتقدير المنفعة لا لكونه شرطًا، بدليل أنه لو لم يزرعها مع التمكين منها للزمه الكراء، وإذا كان كذلك كان له أن يستوفى ذلك القدر من المنفعة من المذكور وغيره.

فصل

وليس له أن يزرعها ما ضرره أشد من ضرر الحنطة، فإن فعل فلربها كراء الحنطة وقيمة الإضرار بالزيادة خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يلزمه كراء المثل فى الجميع[2]، لأنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه فلزمه بقدر ما زاد، أصله إذا اكترى جملاً ليسير عليه من بغداد إلى مكة فتعدى به إلى مصر.

فصل

يجوز أن يشترط الخيار فى الإجارة سواء كانت معينة أو مضمونة، خلافًا لأصحاب الشافعى[3]، لأن المنافع أحد نوعى ما يقصد بالمعاوضات المحضة، فجاز اشتراط الاختيار فيه كالأعيان.

فصل

المركوب لا بد أن يعرف بتعيين أو وصف بالمشاهدة يشار إليه بأن يقال: أكريتك هذه الدابة أو الناقة، والموصوف لا بد فيه من ذكر الجنس والنوع الذكورية والأنوثية لأن الأغراض تختلف باختلاف الأجناس لأن الجمل يقوى على الحمل أكثر من الدابة والحمار والغرض بها مختلف، وكذلك أنواعها لأن النجيب لا يصلح للحمل، وإنما يصلح للركوب، وكذلك الذكر يكون أضعف من الأنثى فلا بد أن يبين.

---

(١) قال ابن قدامة: (قال دواد وأهل الظاهر: لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز له أن يزرع بيضاء لأنه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم فى الثمن. المغنى (٦/ ٦٠).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢١٧)، المهذب للشيرازى (١/ ٤٠٣).

(٣) انظر الحاوى الكبير (٧/ ٣٩٤).

فصل

لا يحتاج إلى وصف الراكب خلافًا للشافعي[١]، لأن أجسام الناس متقاربة فى العادة غير متفاوتة فلم يحتج إلى رؤيته، فإن آتاه بفادح عظيم الخلق ليس هو الغالب فلا يلزمه.

فصل

الظاهر من مذاهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يتعين فى الإجارة، وأنه إن عين فذلك كالوصف لا ينفسخ العقد بتلفه بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت، وذلك كما يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتيه بغنم مثلها ليرعاه أو قميص مثله ليخيطه، وقد قيل: إنها [يتعين][٢] بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل المعين.

فوجه الأولى: أنه قد ثبت أن عقد الإجارة لازم من الطرفين وليس لأحدهما فسخه مع التمكين من استيفاء المنافع، فلو قلنا: إن محل الاستيفاء يتعين لحصل منه نقض الأصل لأن المستأجر يبيع الشيء المستأجر عليه فيفسخ العقد فيه باختياره، وذلك ينفى اللزوم ولا يمكنه أن يأتى بمثله أو يمنعه من البيع والهبة ينقطع تصرفه فى ملكه من غير تعلق حق لغيره فيه، ولأن محل الاستيفاء حق للمستأجر دون المؤاجر ولأن المستأجر عقد على منافع يستوفيها فيلزم المؤاجر أن يوفيه إياها وتعيين ما يستوفيها منه لا حق للمؤاجر فيه.

ووجه الثاني: أن أحد المحلين فى الإجارة يصح معه تعيينه كالأجير لأنه إذا استأجر دابة ليركبها فماتت الدابة انفسخ العقد ولم يلزمه أن يأتى ببدلها، كذلك إذا عين من يركبها والقميص الذى يخيط أو الغنم التى يرعاها يجب أن ينفسخ العقد بتلف ذلك كما ينفسخ العقد بتلف بموت الراعى والدابة، ولأنه قد ثبت تعيين ذلك فى الظئر إذا استؤجرت لرضاع الصبى والطبيب لعلاج المريض أو لقلع الضرس إذا برأ أو مات

---

(١) قال النووى: (يشترط أن يعرف المؤجر الراكب وطريق معرفته المشاهدة كذا قاله الجمهور، والاصح: أن الوصف التام يكفى عنها ثم قيل: يصفه بالوزن وقيل بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخمينًا). روضة الطالبين (٥/ ٢٠١).

(٢) ثبت فى (ب) (تتغير بالتعيير).

الصبى، وكذلك فى سائر ما يستأجر عليه.

فصل

إذا استوفيت المنافع فى الإجارة الفاسدة لزم بها أجرة المثل كالمبيع بيعًا فاسدًا إذا فات أنه يلزم بالقيمة دون الثمن لأن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الأثمان فى البياعات أعواض عن الأعيان، فإذا قبض العين المستأجرة فى الإجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سواء استعملها أو لم يستعملها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا أجرة عليه إذا لم يستعملها[1]، لأنها عين قبضت على وجه الإجارة فكان تلف المنفعة فيها مضمونًا بالتبذل، أصله الإجارة الصحيحة، وإن تلف المنافع فى العين المقبوضة على وجه الإجارة الصحيحة يوجب بدلها على من تلفت فى قبضه، أصله إذا استوفاها بنفسه.

فصل

لا يجوز أن تكون الأجرة فى الإجارة مجهولة ولا غرر لأنها عوض فى عقد معاوضة محضة كالثمن فى البيع.

ولا يجوز أن يستأجر نساجًا لينسج له غزلاً بنصف الثوب ولا بقيمته لأن الثوب الذى يخرج مجهول الصفة، ولأن نصف الغزل الذى استأجره به لا يسلمه إليه إلا بعد مدة وهى حصول النسج.

ولا يجوز فى المبيع بعينه اشتراط الأجل فى تسليمه إذا خيف منه الغرر وكذلك القيمة المجهولة لا يدرى كم يكون مقدارها، ويجوز أن يستأجره على عمل نصف الغزل بالنصف الآخر لأنه معلوم لا غرر فيه ولا جهالة، ومتى وقع العقد على الوجه الأول ونسج الثوب فجميعه لصاحب الغزل وللصانع أجرة المثل، ومثل ذلك أن يكرى دابته أو غلامه من رجل بنصف الكسب لأنه عوض مجهول فإن وقع: فلصاحب الدابة أو الغلام أجرة بالمثل، وجميع الكسب للمستأجر.

ولو قال له: اعمل على دابتى ولك النصف من الكسب لكان العقد فاسدًا للجهل بمقدار الكسب لكنه إن وقع كان الكسب كله لصاحب الدابة [وللأجير][2] أجرة المثل

(١) قال الموصلى: (وإذا فسدت الإجارة يجب أجر المثل لأن التسمية إنما تجب بالعقود الصحيحة أما الفاسدة فتجب فيها قيمة المعقود عليه كما فى البيع) الاختيار (٢/ ٧٢) الهداية (٣/ ٢٦٨).

(٢) سقطت من (أ).

بخلاف الأولى لأن الإجارة فى المسألة الأولى وقعت على الدابة والأجر كان مجتبيًا للكسب، وفى مسألتنا وقعت الإجارة على الرجل واجتبى الكسب من قبل الدابة، فمن وقع عليه عقد [الإجارة][1] لم يكن له من الكسب شيء.

فصل

يجوز أن يكترى الرجل الدابة إلى مكان معلوم بأجرة معلومة: فإن وجد حاجته دون ذلك فحسابه من الأجرة لأنه يكون كأنه قال له: أكريك من هذا الطريق كل بريد[2] بدينار، ويجوز ذلك على ما قدمناه من قوله: أجرتك هذه الدار من حساب كل شهر بدينار، ويكون ذكر الفراسخ والمسافة لتتقدر الأجرة به.

فصل

إجارة المشاع جائزة من الشريك وغيره، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا تجوز إلا من الشريك[3]، لأن كل معاوضة جاز أن يعاوض عليها الشريك جاز أن يعاوض عليها الأجنبى، أصله البيع، ولأنه عقد إجارة على ملك له معروف يمكن تسليمه إلى المستأجر فجاز ذلك اعتبارًا بالمجوز.

فصل

يجوز أن يستأجر دارًا بسكنى دار أخرى خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن المنافع لا تكون أجرة للمنافع إلا أن يكون من جهة أخرى[4]، لأنهما منفعتان يجوز عقد الإجارة على كل واحد منهما فى الانفراد، فجاز أن يعقد على إحداهما بالأخرى كما لو كانا من جنسين.

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) البريد: المرتب والرسول، أو فرسخان أو اثنا عشر ميلاً أو ما بين المنزلين. القاموس المحيط (١/ ٢٧٧).

(٣) قال المرغينانى: (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبى حنيفة رحمه الله إلا من الشريك وقالا إجارة المشاع جائزة) الهداية (٣/ ٢٧٠).

(٤) قال الموصلى: (والمنفعة تصلح أجرة فى الإجارة إذا اختلف جنساهما لأن الثمن يملك بنفس المنفعة، والمنفعة لا يمكن تمليكها بنفس العقد). الاختيار للموصلى (٢/ ٦٤).

فصل

يجوز أن يستأجر الظئر[١]، وكل أجير بطعامه وكسوته ويكون له ما يكون لمثله من الوسط خلافًا للشافعي في منعه ذلك في كل أجير[٢]، ولأبى حنيفة فى منعه ذلك فى كل أجير عدا الظئر[٣].

فدليلنا[٤] أن الأعواض فى المنافع يقوم العرف فيها مقام الشرط والاسم كنفقة الزوجة، وصفة ركوب الراكب فى الإجارة، ولأنه لما جاز أن تكون النفقة مجهولة وترجع إلى الوسط ويتبع فى معرفتها العرف كذلك فى الإجارة، وعلى أبى حنيفة، لأنه عقد إجارة فصح بالطعام والكسوة اعتباراً بالرضاع.

فصل

إذا اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها، فالكراء فاسد، لأن المنفعة المستأجر عليها مجهولة فيكون غرراً لأن الأشياء المحمولة تختلف فى الإضرار بالدابة لأن حمل القطن والثياب أقل إضراراً من حمل الصخر والحديد، والأجرة مختلفة متفاوتة، وكذلك كراء الركوب بخلاف كراء الحمل، فإذا لم تكن المنفعة المكترى لها معلومة لم يصح.

فصل

إذا اكترى أرضًا ليغرس فيها فانقضت مدة الإجارة: فإن صاحبها مخير بين أن يأخذ المستأجر بالقلع ولا شىء عليه من أجرة القلع، أو يعطيه قيمة الغراس مقلوعًا أو يبقيه فى الأرض ويكونا شريكين، خلافًا للشافعى فى قوله: إنه ليس له أن يطالبه بقلع الغراس إلا بعد أن يعطيه أرش القلع[٥]، لأن الإجارة تقضى تسليم الأرض بعد انقضاء المدة فارغة من تعلق حق للمستأجر لها ويقل ما شغلها به، أصله إذا كان له فيها متاع أو طعام، فإنه يؤمر بقلعه، ولأن فائدة حصر العقد بالمدة تقدير المنفعة المستوفاة بها

(١) الظئر بالكسر العاطفة على ولد غيرها المرضعة له فى الناس). القاموس المحيط (٢/ ٨٠).

(٢) قال النووى: (ولو استأجره بنفقته أو كسوته فسد) روضة الطالبين (٥/ ١٧٤)، الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٣٩٢).

(٣) الهداية للمرغينانى. (٣/ ٢٧٠)، الاختيار للموصلى (٢/ ٧٤).

(٤) يقصد به الدليل على الشافعى.

(٥) المهذب للشيرازى (١/ ٤٠٤).

وانقطاعها فيما بعدها، وفى تبقية الغراس بعد المدة إبطال لفائدة التحديد والتقدير وخلافًا لموجب العقد.

فصل

يجوز أن يؤاجر الرجل فحله من إبله أو بقره أو غيرها على أن ينزوا[١] أكوامًا معلومة خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لأنه نوع من المنفعة كالركوب لأن كل منفعة ملك إباحتها للعين بغير عوض وملك منعه إياها، فإن المعاوضة جائزة عليها كالحمل، ولأن ذلك بمنزلة أن يستأجر رجلاً يلقح له نخله فيقول: لأنه فعل يراد لحمل أنثى ينتفع به تجوز إباحته بغير عوض، فجاز بعوض أصل التلقيح.

فصل

لا يجوز للرجل أن يستأجر الرجل الأجير شهراً بدينار على أن يعطيه الأجير كل يوم درهمًا أو أقل أو أكثر لأن ذلك فضة بذهب متأخرة، ولأنه عمل وفضة بذهب.

فصل

يجوز أن يكرى داره فى رمضان لذى القعدة، فتكون هذه الإجارة بعد العقد بشهر أو ما يقاربه خلافًا للشافعى فى قوله: لا يجوز إلا أن تكون المدة عقيب العقد بلا فصل[٤]، لأن الإجارة عقد على ما لم يخلق من المنافع، فجاز أن يتأخر شرط المدة واستيفاؤها ما لم يعد ذلك بتعذر قبضها عند الحاجة، ولأنه لو عقد على هذه الدار شهراً أو على شهر بعده لجاز كذلك فى مسألتنا لأنه قد حصل العقد للشهر الثانى قبل مضى الأول، فلا فرق بين أن يكون الأول داخل فى العقد أو خارجًا عنه.

---

(١) النزو أى: الوثب يقال نزا نزواً أى وثب وثوبًا. القاموس المحيط (٤/ ٣٩٥).

(٢) قال الموصلى: (ولا تجوز الإجارة على عسب التيس لنهيه ﷺ عن ذلك وهو أن يستأجر التيس لينزو على غنمه ويدخل فيه كل فحل كالحصان وغيرهما أما النزو بغير أجر فلا بأس به وأخذ الأجرة عليه حرام) الاختيار (٢/ ٧٥).

(٣) انظر روضة الطالبين (٣/ ٣٩٨).

(٤) قال النووى: (أما إجارة العين فلا يصح إيرادها على المستقبل كأجارة الدار السنة المستقبلة والشهر الآتى) روضة الطالبين (٥/ ١٨٢).

فصل

يجوز للمؤاجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقى من مدة الإجارة ما لا يكون غرراً يخاف تغيرها فى مثله، خلافًا لأبى حنيفة[١] وأحد قولى الشافعى[٢]، لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة:٢٧٥]، ولأنه ليس فى بيعها إبطال حق المستأجر لأن المشترى إنما يسلمها بعد انقضاء مدة الإجارة فكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع، أصله إذا باعها منه، ولأنه عقد على منفعة فلم يمنع العقد على الرقبة، أصله إذا باع أمة قد زوجها.

فصل

تجوز إجارة الدور وسائر العقار أكثر من سنة، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يجوز[٣]، فدليلنا أنها مدة تبقى المنافع إليها ويمكن استيفاؤها كالسنة.

إذا استأجرها عشر سنين بأجرة معلومة لجملة المدة جاز ولم يلزم أن يعين ما لكل سنة خلافًا للشافعى[٤]، لأنها مدة تجوز الإجارة إليها فوجب أن يكون ذكر الأجرة لجملتها مغنيًا عن ذكر ما يقابل تفصيلها، أصله السنة والشهر.

فصل

ومن استؤجر لحمل ما سوى الطعام فادعى تلفه أو كسره فلا ضمان عليه، لأن الأجير مؤتمن كالوكيل والرسول، فإن استؤجر على حمل طعام ضمن إن ادعى تلفه، خلافًا لمن منع ذلك، لأن العادة جارية بأن الأكرياء يتسرعون إلى أكل الطعام الذى فى أيديهم لدناءة نفوسهم، ويحملون على أن نفوس الناس وأهل المروءات والأقدار يأنفون من أن يطلبوهم بمثله من المأكولات لا سيما العرب مع كرمهم وعزة نفوسها واعتيادها بذله والسماحة به، وفى ذلك إضرار بالناس وليس كذلك العروض وغيرها لأنه لا يقبح فى العادة المطالبة بها، وإن قل ما يستأجر على حمله منها، ولا جرت عادة الأكرياء

---

(١) انظر بدائع الصنائع للكاسانى. (٤/٢٠٧).

(٢) روضة الطالبين (٥/٢٥٢)، المهذب (١/٤٠٧).

(٣) روضة الطالبين (٥/١٨٢)، الحاوى الكبير للماوردى (٧/٤٠٦).

(٤) روضة الطالبين (٥/١٨٢)، الحاوى الكبير (٧/٤٠٧).

بالتسرع إلى تناولها كما جرت عادتهم بذلك فى الطعام، ولأن بالحجاز يتنافس فى الطعام لضيق العيش هناك وشـدة الحاجة إليه فلو لم يضمن الأكرياء لتسرعوا إلى تناوله ولحق الناس الضرر، إذا استؤجر على حمل شىء فتلف منه من غير تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه لأنا قد بينا أنه مؤتمن فلا يضمن إلا بالتعدى والتقصير فى ترك [التحفظ][١].

فصل

إذا ضرب الدابة أو ساقها بالعصى على عـادة الناس من غير خرق فعطبت لم يضمن خلافًا لأبى حنيفة[٢]، لأن العرف جار به بأنه لا بد للدابة من سـوق وزجر على السير، والضرب بالمعروف على قـدر الحاجة، فكان هذا القدر مأذونًا فيه فـلم يضمن ما حدث عنه.

فصل

إذا استأجر سفينة لحمل طعام فغرقت فلا ضمان عليه خلافًا لأبى حنيفة[٣] لأن الملاح لم يتعد فأشبه أن تغرق بالموج والريح، وقياسًا عليه إذا كان صاحبه معه.

فصل

واختـلف فى كرائه فـقيل: لا شىء له، وقـيل: له من الأجرة بقـدر ما مـضى من المسافـة، فوجـه الأول أن العرف جـار فى مثل ذلك بأنه على البـلاغ لأنه جار مـجرى الجعل: كأنه يقـول: إذا بلغت بالطعام إلى موضع كذا وكذا فهـذا الأجرة لك، فإذا لم يحصل الـفرض لم يستـحق شيـئًا، ووجه الآخر: أنـه إجارة وليس بجعـل لأن العمل والأجرة مقدران، فكان له من الأجرة بحساب ما مضى كسائر الإجارات.

فصل

إذا اكترى إبلاً إلى الحج، فأخلفه الجمال: فإن المكترى يأتى الإمام ويقيم عنده البينة فإن كان الجمال له مال تكارى له الإمـام عليه لأن القضاء على الغائب واجب إلا التمس ذلك صـاحب الحق، وإذا لم يكن للجـمال مـال لم يتكارى عليـه لأنه لا يحـصل لمن

(١) ثبت فى (أ). (الحفظ).

(٢) الاختيار للموصلى: (٢/ ٦٦). الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٦٦).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٧٤).

يتكارى منه عوض ما يكترى منه، فإن كان المكترى هو الذى هرب فالجمال أيضًا يقيم البينة ويكرى الإمام مكانه رجلاً إن كان اكترى للركوب أو حمولة، مثله إن كان اكترى للحمل بسعر الوقت يوم الحكم ويكون على الهارب ضمان نقصان إن كان فى الكراء وله زيادة إن حصلت ويدفع الأجرة إلى الجمال، فإن تعذر ذلك إلى فوات الحج فقد انفسخ العقد لأن الإجارة هاهنا متعلقة بزمان، والمنافع المختصة بالأزمان لا يصح فيها القضاء، والتراد واجب بينهما والكراء فى غير الحج بخلاف ذلك لأن العادة لا تخصه بزمان فلا ينفسخ العقد، وتكون الحمولة له أى وقت وجده.

فصل

لا يضمن الراعى ما هلك من الغنم لأنه أمين كالوكيل، فإذا ذبح شاة وادعى أنه خاف عليها الموت ففيها روايتان: إحداهما وجوب الضمان، الأخرى نفيه[1] فوجه الوجوب: أنه متعمد بذبحها لأنه لم يؤمر [بذلك]، وإنما هو مؤتمن فيما أذن له فيه لا فى غيره، ووجه النفى فلأن التهمة زائلة عنه فى العادة، والعرف يشهد أن فى فعله مصلحة فلم يضمن.

فصل

لا ضمان على صاحب الحمام لأنه لم يسلم إليه ما يلزم فيه ضمان، وإن كانت الثياب سلمت إليه فلا ضمان عليه لأنه أمين كالمودع إذ قبضه للثياب لمنفعة ربها دون منفعة نفسه.

فصل

من استعار عبدًا بغير إذن سيده أو صغيراً بغير إذن وليه فى شىء فتلف فيه فينظر، فإن كان مما يتلف فى مثله ولا يلحق ضرر بالاستعانة فيه فلا يضمن ما كان عنه مثل أن يقول: ناولنى هذه المروحة أو هذه الخرقة أو ما أشبه ذلك لأن ضرورة العادة قاضية بأن مثل هذا لا يكون منه تلف وأن الناس يتسامحون به فيما بينهم فلا ضمان فيه إن كان عنه تلف ولا أجرة فيه مع السلامة، وإن كان الشىء المستعان فيه مما له بال وخطر وتطلب الأجرة فى مثله فهو متعد بذلك، ولولى الصغير وسيد العبد مطالبته بالأجرة إن

(١) انظر المدونة الكبرى (٣/٤٠٩).

سلم لأنه استوفى منافع لها قيمة بغير إذن من إليه الإذن فيها، فكان ضامنًا للبذل فيها بتعديه، وإن كان عن ذلك تلف ضمن دية الحر وقيمة العبد لأنه سبب تلفهما باستعمالهما على وجه التعدى.

فصل

الصناع المؤثرون بصنائعهم فى الأعيان: كالقصارين والصباغين والصاغة وغيرهم ضامنون بما أسلم إليهم مما يستأجرون على عمله إذا غابوا عليه، ولا يقبل قولهم فى تلفه، فإن قامت لهم بينة به سقط الضمان عنهم عند مالك وابن القاسم ولا يسقط عند أشهب وسواء عملوا بأجر أو بغير أجر ولا يضمنون ما لم يقبضوه ويحملوه إلى منازلهم، وإذا سقط الضمان عنهم، ففى وجوب الأجرة لهم خلاف: قال ابن القاسم: ليس لهم أجرة، وقال ابن المواز: تكون لهم الأجرة[١].

فصل

وإنما قلنا: إن الصناع فى الجملة يضمنون خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣] فى تفريقه بين الخاص[٤] والمشترك[٥]، لأن ذلك إجماع الصحابة، وروى عن عمر وعلىّ وقال علىّ: لا يصلح الناس إلا ذلك[٦].

ولأن فى ذلك مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع، وفى تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع إذ ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه، فلو قبلنا قولهم فى الإتلاف مع علمهم بضرورة الناس إليهم لتسرعوا إلى ادعائه ولأجبروا على الناس وللحق أرباب السلع أشد ضرر، فكان الحظ للجميع دفعها على التضمين، ولأنه قبض العين لنفع نفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر. (٢/ ٧٥٧).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٧٤)، الاختيار للموصلى (٢/ ٦٧).

(٣) الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٤٢٥).

(٤) قال المرغينانى: (الأجير الخاص الذى يستحق الإجرة بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعى الغنم). الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٧٥).

(٥) قال الماوردى: (أما الأجير المشترك فهو الذى يكون عمله فى يد نفسه لمستأجره مع عمله لمستأجر آخر كالقصابين والخياطين فى حوانيتهم) الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٤٢٥).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٢٠٢) (باب ما جاء فى تضمين الأجراء).

فلم يقبل قوله فى تلفها كالمقترض والمستعير.

وإنما شرطنا فى ذلك أن يتسلموه ويغيبوا عليه لأنهم إنما يضمنون بالقبض، فإذا لم يسلم إليهم وكانوا فى منازل أرباب السلع أو كان أرباب السلع معهم، فلم ينفردوا بقبض يتهمون فيه بادعاء التلف فلا وجه للتضمين مع عدم موجبة.

فصل

ووجه إسقاط الضمان عنهم فيما يعلم بالبينة صدقهم فيه أنه أجير ثبت هلاك ما دفع إليه من غير تفريط فأشبه الخاص، ولأن التهمة زائلة مع قيام البينة.

ووجه إيجابه عليهم: أن أصل قبضهم هو على الضمان فلم يسقط عنهم حسمًا للباب لأن ما طريقة المصلحة[1] وقطع الذريعة[2] لا يتخصص بالأعيان كمنع قبول شهادة الأب لابنه.

وإنما لم نفرق بين ما عملوه بأجر أو بغير أجر خلافًا لأبى حنيفة[3] لأن تركه الأجر لا يخرجه عن سنة الصناع فى الضمان كما لو عملوه بأجر ثم وهبه له، ولأنه صانع قبض السلعة ولم تتم له بينة على تلفها كما لو عملها بأجر.

فصل

ووجه سقوط الأجرة فيما علم هلاكه بغير صنعتهم أن المالك لم يسلم له غرضه الذى تلزمه الأجرة فى مقابلته فأشبه أن يهلك بتفريط من الصانع، ولأن الإجارة بيع

---

(١) المصلحة لغة: الصلاح وهو ضد الفساد. انظر القاموس المحيط (١/ ٢٣٣). لسان العرب (٣/ ٣٤٨).

وأما عرفًا: فهى السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة. واصطلاحًا: قال حجة الدين الغزالى: مرادنا بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع. انظر المستصفى(١/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧).

وقال الخوارزمى: هى المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق. انظر إرشاد الفحول (ص/ ٢١٣).

(٢) قال سلطان العلماء: إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلينا ذلك امتثالاً لأمره تعالى فى قوله: ﴿فاتقوا الله ما استطعتم﴾، وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالى بفوات المصلحة. انظر قواعد الأحكام فى مصالح الأنام (١/ ٩٨).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٧٤).

منافع الأعيان، ولو تلف المبيع الذى يتعلق له حق توفية قبل تسليمه إلى المشترى لم يلزمه ثمنه كذلك فى مسألتنا.

ووجه إيجابها أنه أجير وفَّى عمله فسقط ضمانه فكان له الأجر، أصله الخاص ولأن الأجرة فى مقابلة العمل دون سلامة السلعة فإذا حصل العلم وجب استحقاق الأجرة، أصله إذا حصلت عنده.

فصل

إذا اختلف الصانع ورب السلعة فى العمل: فقال الصانع: أمرتنى بكذا مثل الخياط يقول: أمرتنى بقطع الثوب قميصًا، ويقول ربه: بل قباء[1]، فالقول قول الخياط إذا أتى بما يشبهه خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، لأن اليمين يتوجه على أقوى المتداعيين سببًا والخياط أقوى سببًا لأنه مأذون له فى التصرف ومؤتمن عليه، فكان القول قوله مع يمينه، ولأن الظاهر معه لأنهم إنما يعملون الصنعة على أمر رب المال ويستحقون العوض فى مقابلتها وبإزاء إمكان الغلط عليهم وادعائهم ذلك على أرباب السلعة [لئلا تفوتهم الأجرة، [ولأن] أرباب السلع][4] محبتهم ألا يصل إلى الصناع أجرة فيسقط الاحتمالان ويبقى الظاهر.

---

(١) القباء ممدود وقال بعضهم: فارسى معرب. وقال صاحب (المطالع) هو من قبوت إذا ضممت وهو ثوب ضيق من ثياب العجم). المطلع (ص/ ١٧٢).

(٢) قال الموصلى: (ولو قال: أمرتك تخيطه قباء وقال الخياط قميصًا فالقول لصاحب الثوب فإذا حلف فالخياط ضامن) الاختيار (٢/ ٧٦).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٢٣٦).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

الأصل فى جواز الجعل[١] قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢] ، وقوله ﷺ للذى رقى فأخذ عليه جعلاً من أكل برقيه باطل: «فلقد [أكلنا][٢] برقيه حق»[٣] ، وكأن الجعالة كانت قبل الإسلام وأقرها النبى ﷺ ولم ينكرها ولا نهى عنها.

فصل

وصفة الجعل: أن تكون الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر، فمتى قدر العمل لم يكن جعلاً وصار إجارة، ولم يجز إلا فيما لا يتقدر من الأعمال، وصفته فيما لا يتقدر أن يجعل جعلاً فى المجىء بعبده الآبق وبعيره الشارد: فإن جاء به استحق الجعل المقدر له وإن لم يأت به فلا شىء له، ولا يجوز ضرب أجل فى ذلك لأنه يخرجه عن بابه [لأن وقت إصابته غير معلوم ولا يدرى هل يكون أم لا][٤].

فصل

الجعل جائز وليس بلازم إلا أن يشرع المجعول له فى العمل فيلزم[٥]، وذلك لأن العمل جار فالجواز فيه دون اللزوم فلم يجز إخراجه عن بابه، وإذا شرع فى العمل فقد حصل أخذ الطرفين فلا يجوز إبطاله، وإنما يجوز عندنا فى الشىء الخفيف الذى لا خطر له أو ما لا ينحصر بأجرة، فأما ما يمكن أن يعقد عليه إجارة فيه أولى لأنها أبعد عن الغرر، ولأن العقد ينحصر من الطرفين فكان أولى.

---

(١) الجعالة فى اللغة: ما جعله له على عمله وبالفتح الرشوة. انظر لسان العرب. (٦٣٧/١) مادة جعل. ط دار المعارف .

وفى الاصطلاح: (عقد معاوضة على عمل آدمى بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه) شرح حدود ابن عرفة (٥٢٩/٢).

(٢) ثبت فى بعض النسخ (أكلنا) وما أثبتناه من (ب) وتثبتنا من مصدر الحديث.

(٣) أخرجه أبو داود: الطب (١٣/٤) ح (٣٩٠١)، وأحمد: المسند (٥/ ٢٥٠) ح (٢١٨٩٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) انظر الكافى لابن عبد البر (٧٥٩/٢).

فصل

لا يجوز أن تكون الأجرة فى الجعل مجهولة[١] لأنه غرر، ولأن الجهل يدخل العقد من الطرفين، ولأن الجهل فى العمل إنما يجوز للضرورة إليه لأنه لا يمكن حصره ولا ضرورة إلى ذلك فى الجعل، فمن ذلك أن يجعل لمن جاء بعبده الآبق أو جمله الشارد نصفه لا يجوز لأنه لا يعرف صفته وقت المجىء به.

يجوز حصاد الزرع وجذاذ الثمر بنصفه لأنه معلوم، وإن قال: احصده فما حصدت من شىء فلك نصفه أو ثلثه، فجائز أيضًا لأنه معلوم، ولأن كل جزئين من الزرع مستحق بإزائها جزء منه، فإن قيَّد ذلك بزمان بعينه مثل أن يقول: احصد زرعى هذا اليوم، فما حصد منه فلك نصفه: فقيل: لا يجوز لأن قدر ما يحصد فى اليوم غير معلوم، وقيل: يجوز لأن الأجرة فى الجملة مقدرة.

فأما نفض الزيتون بنصف ما يسقط منه: فإن أراد تحريك الشجرة وله نصف ما يسقط فذلك مجهول، وإن أراد الجميع جاز.

فصل

من جاء بآبق أو شارد ابتداء ثم طلب الأجر: فإن كان ذلك شأنه وعادته ويعلم أنه يتكسب به فله أجرة مثله بقدر تعبه وسفره وتكلف طلبه ، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[٢] فى قولهما: إنه متطوع لا شىء له، لأن منافعه فيما لو أضاعه ربه لعُدَّ سفهًا منه يوجب له الأجر عليها، أصله لو سقط من موضع عال أو وقع فى بئر فأخرجه، فأثبت ذلك فله أجر مثله لأنه ليس هناك مسمى، فإن أبى صاحب العبد أن يدفع إليه خلا بينه وبين العبد لأن امتناعه من ذلك رضا بإسلام العبد، وإن علم أن ذلك ليس من شأنه وعادته أنه يرتفع عن مثله وإنما فعله على وجه الحسبة واكتساب المودة فليس له أجرة إن طلبها لأن دعواه لذلك ينافى ظاهر حاله، فكأنه ندم فاستدرك ندمه فلا يستحق شيئًا.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٣/ ٤٢٠)، الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٥٩).

(٢) قال الشيرازى: (لأنه بذل منفعته من غير عوض فلم يستحق العوض فإن عمل بإذنه ولم يشرط له الجعل). المهذب للشيرازى (١/ ٤١١)، روضة الطالبين (٥/ ٢٦٨).

فصل

تجوز مشــارطة المعلم على تعليم الصبى القرآن على الحذاق، ومــشارطة الطبيب على برؤ العليل لأن الضرورة تدعــو إلى ذلك فجُوِّز لأجلها إذا كان مــقامه فى التعليــم غير معلوم وبرء العليل غير معروف المدة.

فصل

[يجوز][١] الجعل على استخــراج المياه فى الآبار والعين على صفة معلومــة، ومعرفة بعد الأرض وقربها وشدتها ولينها، فإن لم يعرف ذلك لم يجز لأنها معاوضة على عمل مجهول لا تدعو ضرورة إليه، وإن لم يأت الماء فلا شىء له إلا أن يكون رب [الدار][٢] قد انتفع بشىء من عمله فتكون له الأجرة بقدره.

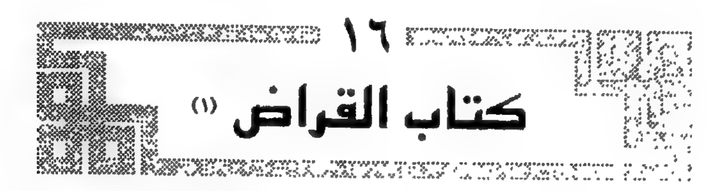
[تم البيع والحمد لله رب العالمين] [٣]

* * *

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).



١٦
كتاب القراض [١]

لا خـلاف بين الأمة فى جـواز القراض فى الجـملة[٢]، وإن اختلفـو فى كثـير من أحكامه، وروى عن عمر رضى الله عنه وعثمان وعلى[٣] وكثير من الصدر الأول، ولأن الضرورة داعية إليه لأن بالناس حـاجة إلى التصرف فى أموالهم وتنميتها والتـجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فدعت الضرورة إلى استنابة غيره.

وإنما لم يدخل فى ذلك من يدخل فـيه بأجـرة معلومة لأن العـادة جارية من عـهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يـعمل العامل فى القراض بجزء من الربح فلمـا كان الأمر كذلك وجبت الرخصة فيه على نحو ما رخص فى المساقاة والأصل فى البابين متقارب.

مسألة

وصفة القراض: أن يدفع الرجل مالاً إلى غيره ليتـجر فيه ويشترى ويبيع ويبتغى من فضل الله تعالى ويكون الـربح بينهما على جزء يتفـقان عليه من قليل أو كثـير على ما نبينه.

فصل

ولا يجوز القراض إلا بالدراهم والدنانير[٤] لأنهما أصول الأثمان التى تتمول ويفزع

---

(١) القراض فى اللغة: من القرض وهو القطع سـمى بذلك لأن المالك قطع قطعة من ماله لمن يعمل فـيه بجـزء من الربح وأهل العـراق يسمـونه مـضاربة. الشـرح الكبـير مع حـاشـية الدسـوقى (٣/ ٥١٧).

وفى الاصطلاح: (تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة) شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٠٠).

(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٨)، المغنى لابن قدامة (٥/ ١٣٥).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٨٧) ح (١).

(٤) انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٣/ ٨٠)، الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٧٢).

إليها فى التعامل والبيع والشراء وقيم المتلفات، وعنه فى جوازه بالتبر والنقار روايتان[١]: وابن القاسم يحمل المنع على الكراهية ويقول: إن نزل أمضيته.

فوجه الجواز أنه عين مال ذهب أو فضة لم يخرج عن حكم التعامل به كالمضروب، ولأنه ليس فى كونه نقاراً أكثر من عدم الضرب، والسكة لا تأثير لها فى الجواز ولا فى المنع بدليل أن كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانا تبرين من منع التفاضل ومنع الافتراق فى الصرف قبل القبض وغير ذلك، ولا يلزم عليه جواز بيع النقار جزافًا ومنعه فى المضروب لأن ذلك لمعنى يرجع إلى الغرر وكثرته فى المسكوك.

ووجه المنع أنها ليست بأثمان على ما هى عليه وإنما يصير أثمانًا متعاملاً بها بعلاج وصنعة، فإذا لم تصر أثمانًا فهى فى حكم العروض، ولأن العامل يحتاج إلى بيعها لتصير أثمانًا، ولولا عقد القراض لم [يفعل][٢] ذلك ولا يخلو أن يكون بأجرة أو بغير أجرة، فإن كان بغير أجرة كان ذلك زيادة أرادها رب المال عليه وذلك غير جائز لأن موضوعه على التساوى، وإن كان بأجرة حصل منه قراض وعقد إجارة، والقراض وما جرى مجراه من العقود الخارجة عن أصولها لا ينضم إليها غيرها.

فصل

ولا يجوز القراض بشىء من العروض والحيوان وما عدا الذهب والفضة خلافًا لابن أبى ليلى[٣]، لأن القراض عقد خارج عن الأصول لأن الغرر يدخله من وجوه كثيرة منها: أنه إجارة مجهولة وأن العامل لا يدرى هل يكون فى المال ربح أو خسران إلا أنه جوز للضرورة، فوجب أن يجوز منه قدر ما جوزه الشرع فقط، ولأن رأس المال لا بد من معرفته فلا يخلو أن يكون هو نفس العرض أو قيمته: فإن كان نفس العرض فالغرر يعظم والمقصود من الربح لا يحصل لأن العامل يأخذ السلعة وقيمتها ألف فيردها وهى تساوى خمسة آلاف وفى ذلك تلف أجرته وإلحاق الضرر به وقد يأخذها تساوى ألفًا فيردها تساوى مائة وفى ذلك تلف رأس المال، وإن جعلا رأس المال قيمة السلعة بطل

(١) حكاهما ابن عبد البر فى الكافى (٢/ ٧٧١ـ٧٧٢).

(٢) ثبت فى (ب) (لم يضر).

(٣) وبه قال طاوس والأوزاعى وحماد بن أبى سليمان؛ لأن مقصود الشركة جوز تصرفهما فى المالين جميعا). المغنى (٥/ ١٢٥).

لأمرين: أحدهما أن رب السلعة شرط على العامل العمل بها إلى أن يبيعها، وهذه زيادة منه عليه، وذلك غير جائز، والآخر أنه لا يخلو الاعتبار أن يكون بقيمتها وقت العقد أو وقت [المعاملة][1]، وأى ذلك كان ففيه ما يؤدى إلى إتلاف المال وذهاب عمل العامل وكل ذلك إضرار وغرر، فإن نزل فسخ مالم يعمل، فإن لم يفسخ حتى عمل فللعامل أجرة المثل فى بيع العرض، وقد اختلف قوله فيما يجب له فى القراض الفاسد ونحن نذكره فيما بعد إن شاء الله.

فصل

القراض عقد أمانة: فإن كان هناك ربح اقتسماه على شرطهما، فإن لم يكن ربح ولا ضيعة ونض[2] رأس المال وأراد العامل أو رب المال فسخ العقد، فذلك له، وكذلك لو أراده قبل العمل لأنه عقد جائز وليس بلازم إلا أن يشرع العامل فى العمل، فلا يكون لأحدهما فسخه إلا برضاء الآخر لتعلق حق كل واحد منهما به، وإن كان فيه وضيعة فمن مال رب المال إلا أن يكون بتعد من العامل فيلزمه بتعديه، فإن شرط رب المال على العامل ضمان الخسران كان العقد فاسداً خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن القراض صحيح والشرط باطل[3]، لأن أصل القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه، أصله إذا تزوج امرأة وشرط عليها ألا يطأها.

فصل

وإنما قلنا: يجوز القراض بما اتفقا عليه من الإجزاء قل أو كثر لأنه فى معنى الإجارة، والعوض فى الإجارة موكول فى مقداره إلى تراضيهما، فكذلك القراض.

فصل

يجوز القراض بشرط أن يكون جميع الربح لأحدهما خلافًا لأبى حنيفة [والشافعى

---

(١) ثبت فى (ب) (المفاضلة).

(٢) يقال : نض الماء ينض نضًا ونضيضًا سال قليلاً قليلاً أو خرج رشحًا . القاموس المحيط (٢/ ٣٤٥).

(٣) قال الموصلى: (واشتراط الوضيعة على المضارب باطل)، الاختيار (١/ ٢٦١).

فى قولهما: إن العقد فاسد[(١)]، ولأبى حنيفة][(٢)] فى قوله: إنه إذا كان بشرط جميع الربح للعامل كان قرضًا لا قراضًا[(٣)]، لأن تقدير الربح موكول إلى تراضيهما، فجاز لأحدهما تركه للآخر، ولا يجوز أن يصير قرضًا لأن رب المال قصد أن يكون قراضًا فلا يجوز أن يضمن العامل لأجل أن رب المال أسقط حقه من الربح.

فصل

ولا يجوز قراض إلى أجل يلزمه العمل به إلى ذلك الأجل لأن القراض عقد جائز فإذا شرط فيه اللزوم كان ذلك خلاف مقتضاه ووجب فساده، ولأن ذلك زيادة من أحدهما على الآخر وذلك غير جائز.

فصل

لا نفقة للعامل إذا كان حاضراً لأنه لم يتعلق عليه لأجل المال ما يحتاج معه إلى زيادة نفقة لأنه لو لم يكن بيعه قراض لكان لا بد أن ينفق على نفسه وعياله، ولأن ذلك زيادة منه على رب المال فلم يجز، وله النفقة إذا سافر والكسوة التى لولا الخروج بالمال لما احتيج إليها فى الحضر خلافًا للشافعى[(٤)] وغيره[(٥)]، لأنه لم يدخل على وجه التبرع وإنما سافر طلبًا للفضل فلو ألزمناه مؤنة السفر من ماله لأحاطت نفقة سفره بربحه المشترط له وزادت عليه، ولأن سفره لما كان لأجل المال صار كبعض كُلَف المال ومؤنته، وكذلك البهائم تحمل متاعه، ولأن ذلك يكون زيادة من رب المال عليه وذلك غير جائز، وكذلك إذا كان أعرابيًا أقام فى الحضر لأجل المال فله النفقة فى إقامته كنفقة الحاضر إذا سافر.

---

(١) قال النووى: (فلو قال: قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، فوجهان: أصحهما: أنه قراض فاسد رعاية للفظ، والثانى: أنه قراض صحيح رعاية للمعنى). روضة الطالبين (٥/ ١٢٢) المهذب للشيرازى (١/ ٣٨٥).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٢٥)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٦٠).

(٤) قال النووى: (وفى السفر قولان. أظهرهما: لا نفقة له كالحضر، والثانى: له وقيل بالمنع قطعًا. وقيل بالإثبات قطعًا)، روضة الطالبين (٥/ ١٣٥).

(٥) وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبى سليمان وظاهر مذهب الحنابلة المغنى (٥/ ١٥٢).

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه، فهذه النفقة ملغاة من الفضل كبعض المؤن ثم يقتسمان الفضل الباقى بعدها اعتباراً بأجرة الأجراء وكراء البهائم لنقل المتاع، فإن لم يكن فى المال ربح وقد خرجت منه نفقة العامل لم يلزمه غرمها لرب المال لأنا لو ضمناه ذلك كان زيادة من رب المال عليه واعتباراً بسائر المؤن.

فصل

لا يجوز أن ينضم إلى عقد القراض عقد غيره من بيع أو إجارة أو غير ذلك، ولا برفق يشترط أحدهما ليستبد بمنفعته على الآخر، لأن القراض عقد ضيق لا يحتمل الشروط لانفراده عن الأصول، وتجويزه للضرورة فلا يجوز منه إلا قدر ما ورد الشرع به فقط، فمتى زيد عليه ما يخرجه عن باب رخصته بطل.

فصل

للعامل أن يسافر بالمال إن أطلق العقد إلا أن يشترط عليه ترك السفر، وليس له أن يبيع بدين إلا أن يأذن له رب المال، فإن فعل ضمن والفصل بينهما لأن العقد إذا أطلق حمل على مقتضاه وما جرى العرف به وقد عرف أن من عادة التجار التقلب بالمال حضراً وسفراً وطلب النماء فيه بسائر الوجوه، كما أنهم يتقلبون به فى سائر السلع بل قد علم من عادتهم أن من السلع ما يبتاع للسفر بها كما أن منها ما يبتاع للتربص به وقت تغير سوقه فالإطلاق محمول على العرف، والنسيئة بخلاف ذلك لأن إطلاق العقد لا يقتضى إخراج المال عن يده وتعليقه بذمة غيره وحبسه عليه، فإذا ثبت ذلك ضمن متى أنسأ المال أو شيئًا منه ولم يضمن فى السفر إلا إن يشترط عليه تركه، وله ذلك إذا كان مندوحة فى الحضر تغنيه عن السفر وكذلك له أن ينهاه عن بعض السلع، ولأن له فى غيرها سعة، ولأن نهيه عنها لا يمنعه التقلب فى المال وطلب الربح، وليس له أن يقصره على بعض السلع لأن منعه عن سلعة معينة بخلاف قصره على سلعة معينة لأن قصره يمنعه مقتضى العقد والمطلوب به من التقلب فى المال [ورجاء][1] النماء فيه لأن ذلك إنما يكون فى الاضطرار المتسع فيه دون المضيق إلا أن يكون النوع الذى قصره

---

(١) ثبت فى (ب) (طلب).

عليه متسعًا فى الوجود يعتمد على مثله ولا يمنع القصر عليه من الربح فى المال مأمون العدم فى وقت من الأوقات فيجوز.

فصل

لا يجوز للعامل أن يشارك غيره فى المال[1] لأن رب المال إنما رضى بأمانته فى المال وكون المال فى يده ولم يأذن له فى تسليمه إلى غيره، فإن فعل وسلم فهما على شرطهما، وإن تلف المال أو وضع ضمن العامل بتعديه.

فصل

إذا مات أحد المتقارضين: فإن كان العامل نُظر: فإن كان مات والمال عين بحاله ما ابتاع به شيئًا فلربه أخذه ولا مقال لورثة العامل سواء كانوا أمناء أو غير أمناء، وليس لرب المال أيضًا إلزامهم العمل بالمال لأن موروثهم لو كان حيًا فأراد رد المال وهو عين لكان ذلك له فكذلك الورثة، وإنما لم يكن لهم مقال لأن الميت لم يتعلق له فى المال حق فيجب لهم ما وجب له، وإن كان موته بعد أن اشترى السلع وتصرف فى المال، فقد تعلق لكل واحد من الفريقين حق بالمال: أما الورثة فإنهم مخيرون بين أن يعملوا بالمال إن كانوا أمناء قادرين على العمل لا يخاف على المال منهم إتلاف أو إضاعة، فإن لم يكونوا أمناء أو كانوا [أمناء][2] إلا أنهم لا يحسنون التصرف بنفوسهم، فإن أتوا بأمين ثقة يبصر العمل ويعرفه لزم تسليم المال إليه، وقام مقامهم فى البيع وتصحيح الثمن لرب المال، فإن عجزوا عن ذلك كله سلموا المال ولم يكن لربه مطالبتهم بشىء.

وإنما قلنا: إن لهم المطالبة به لأنه قد تعلق فيه حق الربح الذى يرجونه فيما ابتاعه موروثهم فليس لرب المال إبطاله عليهم والاستبداد به دونهم، ولأنه حق أوجبه عقد معاوضة، فجاز أن ينتقل إلى الورثة كخيار العيب.

وإن قال الورثة لرب المال: نحن نبيع ونوفيك رأس مالك وتخلى بيننا وبين السلع فليس ذلك لهم إلا أن يرضاه لأنه قد تعلق له حق فى المبتاع لأنه مشترى بماله، فله من حق الربح مثل ما لهم، وأما إن مات رب المال فإن العامل على حاله فإن مات قبل العمل، فإن كل واحد من الفريقين بالخيار على صاحبه فى فسخ العقد والمضى عليه،

---

(١) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٧٦).

(٢) سقطت من (أ).

وإن كان بعد الشراء [فليس][1] لأحدهما فسخه إلا أن يرضى الآخر: أما الورثة فإنهم يقولون لما كان لأبينا المطالبة برد ماله عينًا فكذلك لنا مثل ما كان له، وأما العامل فقد تعلق له في المال حق ما يرجوه من الربح ببيعه فليس لهم فسخه عليه.

فصل

قد بيَّنا أن لكل واحد من المتقارضين فسخ العقد قبل الشروع في العمل: فإذا عمل العامل فليس لأحدهما المطالبة برده رأس المال إلا أن يرضى الآخر ويلزم العامل التقاضي في البيع حتى يرده عينًا لأن الجزء المشترط من الربح إنما يستحقه بعمله الذي هو البيع والشراء والتقلب بالمال حتى ينمي، وفي رده إياه عروضًا إسقاط أكثر العمل لأن العروض يحتاج إلى كلفة ومؤنة لمن يبيعها إلى أن يحصل عينًا.

فصل

إذا خسر في مال القراض ثم عمل به من بعد فربح نظر: فإن كان تفاصلا بعد الخسران لم يجبر الخسران بالربح الثاني وكان رأس المال ما بقي بعد الخسران يجبر من هذا الربح، فإن فضل شيء تقاسماه وإلا لم يكن للعامل شيء ولا يرجع عليه بخسران[2]، وإنما وجب ذلك لأن الحق للعامل في الربح لا في رأس المال ولا يكون ربح إلا بعد حصول رأس المال، فإذا حصل في المال خسران لم يستحق العامل شيئًا لأنه لا يصل إلى شيء من الربح إلا إذا وصل رب المال إلى جزئه ولا سبيل إلى ذلك ما لم يكن رأس المال.

فصل

اختلف قول مالك في المستحق بالقراض الفاسد، فعنه في ذلك روايتان: إحداهما: أن للعامل قراض المثل، والأخرى: أجرة المثل[3].

وفصل ابن القاسم فقال: إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض المثل وإن كان من جهة الزيادة زادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل.

---

(١) سقطت من (أ).

(٢) ثبت في (ب) (برضا).

(٣) حكاهما ابن عبد البر في الكافي (٢/ ٧٧٧).

وذكر ابن الموّاز عن مالك فى العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض المثل أو مما سمى له من الربح.

فوجه اعتبار قراض المثل فى الجملة أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردودة إلى صحيحه كالنكاح والبيع والإجارة، فكذلك القراض.

فوجه اعتبار أجرة المثل هو: أن كل عقد صحيح يوجب عوضًا مسمى للعامل بالعمل، فإذا كان فاسدًا فللعامل أجرة المثل فى عمله، أصله الإجارة الفاسدة، والتفصيل الذى ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس.

ووجه اعتبار أقل الأمرين أن قراض المثل وإن كان الأقل فقد رضى به العامل لأنه إذا رضى أن يعمل على أن يكون عوضه [على العمل من الربح][1] على الفساد بما ذكرناه، فقد رضى أن يكون له فيما يصح بحسابه، وإن كان المسمى الأقل فليس له زيادة عليه لأن رب المال يقول: أنت رضيت بالمسمى عوضًا عن عملك فليس فساد العقد موجبًا لك زيادة فى العوض.

فصل

وفائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل: أن أجرة المثل تتعلق بذمة رب المال كان فى المال ربح أم لا، وقراض المثل يتعلق بربح إن كان فى المال، فإن لم يكن فيه ربح فلا شىء للعامل، ومن أصحابنا من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه يفرق بينهما بأن يجعل حظ العامل بقدر ما يساوى عمله مما رضيه عوضًا لو صح العقد فيكون له بقيمة ذلك.

فصل

لا يتفاضل المتقارضان على الربح إلا بحضرة المال لما بينا أن الربح لا يستحق إلا بعد حصول رأس المال، ومتى كان عروضًا وتقاسما الربح لم يأمن أن ينقص السعر فيخسر رأس المال، أو ينظر إن كان دينًا فيؤدى ذلك إلى ما منعناه.

فصل

زكاة رأس المال القراض على رب المال، وزكاة الربح تابعة لأصله فلزم العامل فى

(١) سقط من (ب).

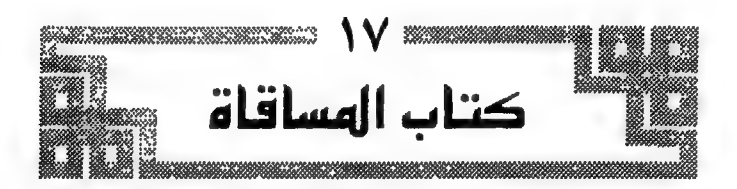
حصته إذا كـان الحول قد حال على رأس المال سواء كان فى حـصته نصاب أو أقل لأن الربح تابع للأصل، وإن كان العـامل عبدًا أو ذميًا فـلا زكاة عليه فى حصـته من الربح عند ابن القاسم لأنه لـيس من أهل الزكاة، وقال عـبد الملك: تلزمه الزكـاة لأن الجملة على ملك رب المال، ولأن الربح تابع للأصل[1].

فصل

إذا اشترط رب المال الزكاة على العامل نُظـر: فإن شرط عليه زكاة رأس المال والربح لم يصح لأن ذلك يؤدى إلى الجـهل بجـزء العامل، ولأنه قـد يأتى على أجـرته ويزيد عليها وإن شرط عليه زكاة رأس الربح وحده جاز أيهما شرطه على [الآخر][2] جاز لأن ذلك جزء معلوم مـستثنى من جزئه كأنه إن قارضـه على النصف وشرط زكاة الربح فى حصته، قال: قارضتك على النصف إلا ربع العشر، وذلك معلوم فيجوز، وما ابتيع من ماشية تجب فيها الزكاة فزكاتها ملغاة من أصل المال لأنها مؤنة من المؤن [والله أعلم][3].

* * *

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٧٧٧-٧٧٨).
(٢) ثبت فى (ب) (بجزاء).
(٣) سقطت من (أ).



وكراء الأرض والمزارعة

المساقاة[١] جائزة خلافًا لأبى حنيفة[٢]، لما روى: أنه ﷺ عامل أهل خيبر على الشرط من ثمر وزرع[٣]، وروى أنه ساقى أهل خيبر وكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم[٤]، ولأن ذلك فعل الأئمة أبى بكر وعمر وغيرهما ولا مخالف من السلف فيه، ولأنه مال لا ينمى بنفسه ولا تجوز إجارته، وإنما ينمى بالعمل عليه فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه، أصله مال القراض، ولأن الغرر والخطر فيها أقل منه فى القراض فكان بالجواز أولى.

فصل

تجوز المساقاة فى الأصول كلها والشجر خلافًا للشافعى فى قوله: إنها لا تجوز إلا فى النخل والكرم[٥]، لما روى: «أن رسول الله ﷺ ساقى أهل خيبر على ما فيها من زرع وشجر»[٦] فعم، وكأنه أصل له ثمر فجازت المساقاة عليه، أصله النخل والكرم.

---

(١) المساقاة فى اللغة: إعطاء الماء من الطرفين مفاعلة من السقى، التعريفات (١٤٤)، والقاموس (٤/ ٣٤٥)، وفى الاصطلاح: «عقد على عمل مؤنة النبات بقدر، لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجاره أو جعل»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٠٨).

(٢) المزارعة والمساقاة فاسدة عند أبى حنيفه قال الموصلى: «وهى جائزه عند أبى يوسف ومحمد وعند أبى حنيفة هى فاسدة»، الاختيار (٢/ ٣٣٧ ـ ٣٤٤)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٨٩).

(٣) أخرجه البخارى: الحرث (٥/ ١٤) ح (٢٣٢٨)، ومسلم: المساقاة (٣/ ١١٨٦) ح (١/ ١٥٥١).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٦١) ح (٣٤١٤) من حديث جابر ـ رضى الله عنه ـ ومالك فى الموطأ: المساقاة (٢/ ٧٠٣) ح (١) مرسلاً.

(٥) انظر روضة الطالبين (٥/ ١٥٠)، الأم للشافعى (٣/ ٣٣٨).

(٦) تقدم تخريجه.

[فصل

الزرع إذا ظهر وعجز عنه زارعه تجوز المساقـاة عليه لأنه يصير حينئذ كالأصل المرتجى ثمرته، ولا يجوز وهو مغيب لم يظهر، ولأنه ليس باطل ولا يدرى هل ينبت حبه أم لا ينبت، وكذلك المقاثى والمباطخ إذا ظهرت كالزرع][١].

فصل

صفة المسـاقاة: أن يدفع الرجل حائطه وفيـه النخل والشجر إلى من يعمـل فيه على جزء من الثـمر يتفـقان عليه قل أو كـثر من نصف أو ثلث أو ربع أو أقل أو أكـثر من الأجزاء المقـدرة المعلومة على أن يكون العمل والكلف والنفـقة فيمـا تحتاج إليه الثـمرة المساقى عليـها، وجميع المؤن على الـعامل مثل السقى والآبار والجـذاذ وعلوفة الدواب ونفقة الغلمان وما يتعلق بمصلحة الثمر ومما لا يبقى بعد انصراف العامل.

وإنما قلنا ذلك لأن الجزء إنما يستحقه العامل بعمله الذى يصلح به الثمرة، ولا يجوز أن يكون بعـضـه على رب الحائـط لأن ذلك زيادة يزدادها العـامل، ولأن النبى ﷺ لما ساقى أهل خيبر لم يلزم لهم مؤنة بل أنفقوا من أموالهم، وأما ما عدا ذلك مما يبقى بعد انصرافه فلا يجوز ولا يلزمه اشتراطه عليه وذلك كحفر بئر ابتداء أو إنشاء غراس أو بناء بيت يجبى فيه الثـمر أو ما أشبه ذلك لأن كل هذا زيادة مشتـرطة على العامل ينفرد بها رب المال، وذلك غير جـائز لأنه يخرج المساقاة عن بابهـا ويلحقها بالإجـارة المجهولة، وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، والمسـاقاة عقد خارج عن الأصول فلا يجوز منع إلا ما قد جـوَّزه الشرع، ومن ذلك اشتراطه ضفيـرة بينها، فاختلفت عبـارات أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال: الحائط حول المراح، ومنهم من قـال: موضع مجتمع الماء، ومنهم من قال: هى الشجـرة يغرسها وجـعل موضع دنيتها بينهـما ويشبه أن يكون تصـحيفًا، وكل ذلك يصح حمل الكلام عليـه وإن كنا نعلم أن المراد واحد منها[٢]، وما شعث من آلة الحائط، فعلى رب المال صـلاحه كالدولاب ينكسر أو يمـوت بعض البقرة أو يذهب بعض الآلة أو يغور العين أو تنهار البئر وما أشبه ذلك، وإنما قلنا ذلك ليصل العامل إلى العمل ويتمكن منه ولا يبطل حقه.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ٥٤٥).

فصل

وإنما قلنا: إن لهما أن يتراضيا على ما شاءا من الأجزاء لأنه عوض على منافع يجوز بغير بدل، فلم يتعذر البدل فيها كالإجارات والقراض، [وإذا][١] ساقاه على عدة أحدقة[٢] متفقة الثمار أو مختلفة فلا يخلو أن يكون فى عقد واحد أو عقود مفترقة: فإن كان فى عقد واحد جار على أجزاء متفقة ولم يجز على أجزاء مختلفة، وإن كان فى عقود مفترقة جاز على أجزاء متفقة ومختلفة، وحكم كل صفقة منفردة بنفسها، وإنما منعنا اختلاف الأجزاء فى العقد الواحد لأنها كالقراض الواحد إذا ضمها عقد واحد فلا يجوز أن يساقى بعضه على جزء وبعض على خلافه، ولأنه ﷺ ساقى أهل خيبر على اختلاف حوائطها سقيًا واحدًا، فلا يجوز خلاف ذلك لأن المساقاة عقد خارج على الأصول ولا يجوز أن يتعدى قدر ما ورد الشرع به، وعلله أصحابنا بأن فيه يرد فضل فى أحد الحائطين لفضل أو نقص فى الحائط الآخر.

فصل

عقد المساقاة لازم ليس لأحدهما تركه بعد عقده إلا برضا الآخر لأنه إجارة فى خدمة عين قائمة كسائر الإجارات، وإن مات العامل قام ورثته مقامه، فإن كان فيهم من يتولى ذلك وإلا أكروا له من ماله، وإن مات رب الحائط، فالعامل على حاله.

فصل

إذا ساقى حائطًا فيه نخل وشجر وأرض بياض[٣] وسكتا عن ذكر البياض فلا شىء للعامل فيه، ولرب الحائط زرعه أو إجارته، فإن شرطه العامل لنفسه يزرعه جاز إن كانت قيمة أجرته بقدر [ثلث][٤] ثمن الثمرة بعد حط قيمة ما يلزم العامل عليها أو أقل منه، فإن زاد عليه لم يجز.

وإن شرط رب الأرض على العامل جزءًا مما يخرج من البياض جاز.

---

(١) ثبت فى (ب) (فأما إذا).

(٢) جمع حديقة، القاموس المحيط (٣/ ٢١٩).

(٣) الأرض البياض: هى الخاليه من الزرع والشجر، الكافى (٢/ ٧٦٨).

(٤) سقطت من (أ).

وإنما أجزنا ذلك فى اليسير لأن رسول الله ﷺ لما ساقى أهل خيبر[1] ألغى البياض الذى كان فيها، ولم ينقل أنه منع اليهود منه ولا أنه استثناه ولا طلب منهم أجرته.

وإنما شرطنا الثلث لأنه معتبر فى الأصول فى البيع، والمقصود إذا أريد الفرق بينهما كمعاقلة المرأة الرجل واكتراء الدار فيها نخلة أو شجرة إذا استثنيت فكذلك هاهنا، ومنعناه فيما زاد عليه لأنه يصير مقصوداً بالشرط وزيادة ينفرد بها العامل ويخرج على التبع، وإنما جاز لرب الأرض أن يشترط بعض ما يخرج منها لأنه لما جاز له إلغاء الجميع للعامل وجُعِل تبعًا معفواً عنه جاز له اشتراط بعضه تبعًا للسقاء، ويجب أن يكون الجزء الذى يشترطه موافقًا لجزء عقد السقاء لا مخالفًا له.

فصل

يجوز أن يكترى الرجل الدار يسكنها أو الأرض البياض يزرعها وفيها نخلة أو شجرة قيمة ثمرتها الثلث فدون، فيستثنيها المكترى، وإن زادت على ذلك لم يجز له استثناؤها وقال أبو حنيفة[2] والشافعى: لا يجوز ذلك فى القليل والكثير[3]، وإنما أجزنا ذلك فى اليسير لأن الضرورة تدعو إليه لتطرق صاحب الدار عليه كل وقت إذا أراد أخذ ثمرته فربما كره المكترى مروره عليه ونظره إلى منزله واحتاج إلى تكلف ستر ما يكون فى الدار عنه وغير ذلك مما يشق إذا تكرر، فجعل له إزالة الضرر عنه باستثناء ذلك ليقطع تطرق المالك عليه، كما أجزنا للمعرى شراء العرية، فحرمها لقطع تطرق المعرى عليه.

فصل

وإنما فصلنا بين الثلث وما زاد عليه للإجماع على منع ذلك فيما زاد على الثلث لأن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال ملك العلماء الكاسانى: استثناء بعض من المبيع بمنزلة شرط فاسد ادخل فى البيع فوجب فساد البيع، وكذلك هذا فى عقد الإجارة والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٥/ ١٧٥)، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص/ ٢٧٩).

(٣) ذكر الشيخ النووى رحمه الله أنه إذا كان المبيع محدداً والاستثناء مجهولاً كبيع الثمرة إلا عشر نخلات منها لا بعينها كان العقد باطلاً. وذكر قول الإمام مالك رحمه الله، انظر شرح المهذب (١١/ ٤٤٦)، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص/ ٢٧٩)، قلت: ومثل البيع الإجارة، والله أعلم.

ما دون الثلث يسير بيع لا يتهم أن يقصد به شراء الثمرة قبل بدو صلاحها، كما لا يتهم بذلك فى العرية، وإذا كان زاد على ذلك صار مقصودًا أو خرج أن يكون تبعًا كزيادة العرية على خمسة أوسق.

فصل

تجوز مساقاة البعل وهو الذى يشرب من أصله من غير سقى، وكذلك كل ما يسقى على اختلاف أنواع السقى، لأن ذلك محتاج إلى خدمة وتعهد وآبار ومراعاة وقطع جريد وغير ذلك، فجاز السقاء عليها.

فصل

انتهاء المساقاة إلى الجذاذ إذا كان السقاء لسنة واحدة لأن الحقوق تنقطع عنه ويقع الاستيفاء فلا يبقى شىء من خدمة الثمرة فيما بعد ذلك يستحق لثمرة العام [المقبل][(١)] فلا يلزم إلا بعقد مستأنف، فأما إذا كان عقد السقاء لعدة أعوام، فإن العامل لازم له إلى انقضاء المدة التى عقدا عليها.

فصل

تجوز المساقاة على ثمرة بعد ظهورها خلافًا للشافعى[(٢)]، لأن المساقاة إنما تجوز لحاجة الثمرة إلى السقى والخدمة والضرورة من الملك إلى استيعابه غيره وهذا يستوى فيه المعدوم والموجود، ولأن ذلك إذا جاز قبل وجودها مع كثرة الخطر كان جوازه بعد الوجود مع قلة الخطر أولى.

فصل

واختلف فى جواز المساقاة يليها بعد طيبها: قال ابن القاسم: لا تجوز، وقال سحنون: تجوز، فلابن القاسم أنه لا ضرورة إلى المساقاة لجواز بيعها والإجارة عليها،

---

(١) ثبت فى (أ) (المستقبل).

(٢) فى أحد قوليه قال النووى: فى جواز المساقاة بعد خروج الثمار قولان: أظهرهما: الجواز. وفى موضع القولين طرق أصحها: أنهما فيما قبل بدو الصلاح فأما بعده فلا يجوز قطعًا. والثانى: القولان فيما لم يتناه نضجه. فإن تناهى لم يجز قطعًا. والثالث: طردها فى كل الأحوال)، انظر روضة الطالبين (٥/ ١٥٢).

ولسحنون أن الضرورة إلى سقيـها وتعهدها باقية لحاجتهـا إلى قيامها فى النخل فكانت كالتى لم يبد صلاحها[١].

فصل

إذا أخرج الحائط خمسة أوسق ففيـه الزكاة، بخلاف الشركة فى الثمرة لأن العامل لا يستحق إلا بعد الصلاح، وببدو الصلاح قد وجبت الزكاة، فكان الوجوب يتناولها على ملك صاحب الأصل، ويجوز أن يشترط أحدهمـا الزكاة على الآخر فى حصته بخلاف القراض لأن ذلك جزء معلوم.

فصل

مساقاة النصرانى جائزة إذا كان هو العـامل، فإن كان المسلم هو فيكره لأن فيه إذلالاً للمسلم باستخدام النصرانى له وتواضعه لشىء يناله من الدنيا[٢].

فصل

لا يجوز فى المساقاة زيادة يشترطهـا أحدهما على الآخر كالقراض[٣] لأن بهما ضيق لا يحتمل الشروط لخروجها عن الأصول فيجب الاقتصار بها على ما ورد به الشرع.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٥).

(٢) قال ابن عبـد البر: (ولا بأس بمساقاة الذمـى فى مساقاة أو فى شىء من الإجـارات والأعمال)، الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٧٠).

(٣) المدونة الكبرى (٤/ ٦).

باب

يجوز كراء الأرض[١] للزرع بالذهب والفضة والعروض والحيوان، ولا يجوز بالطعام كله على اختلاف أصنافه كان مما تنبته كالحنطة والشعير وسائر الحبوب والثمار، ومما لا تنبته كالعسل واللحم وغير ذلك، ولا ببعض ما تنبته من غير الطعام كالقطن والكتان والعصفر الزعفران، ويجوز بالخشب والقصب وما فى معناهما.

فصل

[وإنما أجزناه بالذهب والفضة وسائر العروض لعموم قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة:٢٧٥] والإجارة بيع المنافع، وفى حديث رافع أنه ﷺ نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها[٢]، فأما الذهب والفضة فلا بأس به، ولأن كل ما جاز بيعه جازت الإجارة به.

فصل

فإنما منعنا أن تكرى بالطعام، فلأن ذلك هو المحاقلة[٣] المنهى عنها والمخابرة كراؤها ببعض ما يخرج منها، وقال أبو حنيفة: كل ما جاز أن يكون ثمنًا فى البياعات جاز أن تكرى به الأرض[٤]، وقال الشافعى: يجوز بالحنطة فى الذِّمَّة ولا يجوز إذا شرط أنه مما تنبته تلك الأرض، ويجوز بالطعام الذى لا يخرج منها كالعسل والسمن[٥].

فدليلنا على منع ذلك حديث رافع قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ حتى روى لنا عنه أنه قال: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكريها بثلث أو بربع أو بطعام مسمى»[٦] وهذا نص، ولأنه طعام فأشبه ما تنبته، ولأن ذلك بيع طعام

---

(١) الكراء: بيع منفعة ما لا يمكن نقله، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٢٤).

(٢) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٨٣) ح (١١٥/ ١٥٤٧) وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٦) ح (٣٣٩٣).

(٣) قال صاحب المطلع: قال صاحب المطالع: المحاقلة: كراء الأرض بالحنطة أو كراؤها بجزء مما يخرج منها، المطلع (ص/ ٢٤٠).

(٤) الاختيار للموصلى (٢/ ٦٤).

(٥) الأم للشافعى (٣/ ٢٤٠).

(٦) أخرجه مسلم: البيوع (٣/ ١١٨٤) ح (١٢٠/ ١٥٥٠) بنحوه. وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٥٧) ح (٣٣٩٥) ولفظه عند أبى داود.

بطعام متأخر ومجهول لأن المالك كأنه باعه بهذا الطعام أو ما تنبته أرضه أو كراء من طعام بمثله إلى أجل وابتاع منه عسلاً أو لبنًا بما تخرجه أرضه إلى أجل، فدليلنا على منع إجارتها ببعض ما يخرج منها من غير الطعام أنه ﷺ نهى أن تستأجر الأرض ببعض ما يخرج منها[١]، ولأن الكتان والقطن وغيرهم مما تنبته الأرض فأشبه إذا اشترطا الثلث أو الربع، وأما القصب والخشب فإنه ليس مما يزرع أو يقصد كراؤها لزرعه فجاز][٢].

فصل

لا يجوز شرط النقد إلا فى المأمون منها دون ما لا يؤمن إخلافه وتلف الزرع فيها، والاعتبار فى ذلك بحال الأرض وعادتها فى الشرب، وإنما منعناه ذلك بمثل ما منعناه فى البيع: وهو أن يكون بيعًا وسلفًا وقرضًا جر نفعًا وقد فسرناه فى الإجارة.

فصل

الشركة فى الزرع جائزة وصفتها: أن يتكافيا فى العمل والمؤنة والأرض والبذر، فإن كان البذر من عند أحدهما[٣] والأرض من عند الآخر فلا يجوز: كان العمل عليهما أو على أحدهما لأن الذى له البذر قد باع حصته من شريكه بما تخرجه أرضه وذلك طعام بطعام متأخر إن زرعا طعامًا، ومخابرة وكراء الأرض ببعض ما يخرج منها وصاحب الأرض قد أكرى حصته ببعض ما يخرج منها، وذلك غير جائز، فإن زرعها على ذلك وتكافيا فيما سواه من العمل والبقر فالزرع لمن وليه منهما، فإن وليه صاحب الأرض فالزرع له وتغرم لصاحب البذر مثل مكيلة بذره، وإن وليه صاحب البذر [فالزرع له ويغرم لصاحب الأرض نصف كراء أرضه، فإن ولياه جميعًا اقتسماه نصفين فكان على صاحب الأرض نصف مكيلة البذر][٤]، وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض، ويجوز أن تكون الأرض بينهما أو لأحدهما ومن الآخر البقر والمؤنة ويكون البذر من عندهما والذى يحترز منه فى هذا الباب أن يؤدى إلى كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها أو بانتفاء التساوى، فإذا سلم من ذلك جاز.

(١) أخرجه مسلم: البيوع (٣/١١٨١) ح (١١٣/١٥٤٨)، وابن ماجه: الرهون (٢/٨٢٣) ح (٢٤٦٥).

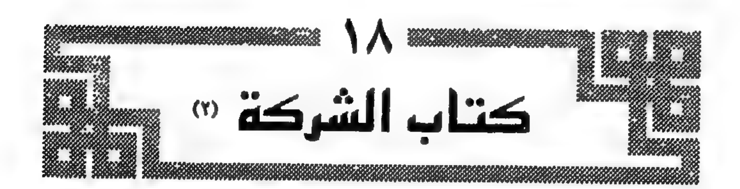
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) انظر المدونة الكبرى (٤/٢٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [١]



١٨
كتاب الشركة [٢]

الشركة على ضربين بمال وبدن، فأما شركة الأموال فعلى ضربين: شركة عنان، وشركة مفاوضة.

والعنان هى أن يخرج كل واحد منهما رأس مال مثل ما يخرج صاحبه أو أكثر أو أقل ويخلطاه ويكون فى حكم المختلط وإن لم تكن عينه مخالطة للآخر مثل أن يكونا فى صندوق واحد وأيديهما عليه ويكون العمل عليهما بحسب رؤوس أموالهما والربح بينهما على مثل ذلك، فهذا نوع جائز من الشركة، ولا يجوز أن يشترط العمل أو الربح بخلاف رؤوس الأموال، فإن عقدا الشركة على ذلك وعملا فالشركة فاسدة ويكون الربح والخسران بينهما على قدر المالين ويرجع من قل رأس ماله على صاحبه بأجرة المثل فى نصف الزيادة.

والمفاوضة أن يفوض كل واحد منهما إلى الآخر التصرف والبيع والشراء حضر الآخر أو غاب وتكون يده كيده، ولا يكونان شريكين إلا بقدر ما يعقدان الشركة عليه دون ما ينفرد أحدهما بملكه مما لم يدخله فى رأس مال الشركة ويجوز فيها تساوى رؤوس الأموال وتفاضلها إذا كان العمل والربح بقدرة الله.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الشركة فى اللغة: الاختلاط.

وفى الاصطلاح: تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكًا فقط والأخصية بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما فى الجميع. شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٣١).

وشركة الوجوه[1] باطلة، فأما شركة الأبدان[2] فتجوز بشرطين: أحدهما اتفاق الصناعتين كالاشتراك فى الخياطة والقصارة والنجارة وغير ذلك من الصناعات، وتجوز عندنا فى الاصطياد والاحتطاب، ولا تجوز مع اختلاف الصناعتين كقصار وحداد وصبّاغ وصواغ، والثانى أن يكونا فى موضع واحد، فإن افترقت الأمكنة لم تجز الشركة اتفقت الصناعات أو اختلفت، وإن افترقت الصناعتان لم يجز افترقت الأمكنة أو اتفقت، وتجوز الشركة بالعروض على القيمة.

فصل

وجواز الشركة فى المال على الشرط الذى قدمناه مجمع عليه، وإنما الخلاف فى انخرام بعض أوصافها على ما سنذكره، وذكر بعض أصحاب مالك عنه أنه سئل عن شركة العنان فقال: لا أعرفها، ومن سمّاها بذلك فسرها على وجوه من الاشتقاق: قيل: معناها تساوى الشريكين فى التصرف والمال فى الكثير والقليل كتساوى الفارسين فى السير، وقيل: لأنها شركة ظاهرة مأخوذة من عنانى الشىء إذا أخطر ببالك فأظهرته[3]، وقيل: إنها معروفة فى اللغة كقول الشاعر:

وشركنا قريشًا فى علاها   وفى أحسابها شرك العنان

وفى الجملة فمن أى شىء ثبت أنها أخذت إذا كانت على الصفة التى ذكرناها فإنها جائزة، وإنما شرطنا أن تكون أيديهما على المالين بخلط أو جعله فى صندوق أو غيره خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن الشركة تصح وإن كان مال كل واحد منهما فى يده إذا عيّناه وأحصراه[4]، لأن الشركة تقتضى تساويهما فى الاشتراك بالمال، فإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة [لأنهما على ما كانا عيه من انفراد المالين فلم يحصل منهما إلا القول، ومجرد القول لا يأتى له بدليل: أنهما لو تعاقدا إلى الشركة][5]

(١) قال فى الحدود: (قال القاضى أبو محمد: هو أن يشتركا على اللمم دون مال ولا صنعة على أن ما اشترياه يكون فى ذمتهما وربحه بينهما، وقيل: أن يشتركا على أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه). شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٣٦).

(٢) «هى عقد على عمل بين شخصين والربح بينهما على حسب ما لكل أو عمله بما يدل عرفًا»، انظر بلغة المسالك (٢/ ٦٨٥).

(٣) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣/ ٣٥٩).

(٤) الاختيار للموصلى (٢/ ٢٥١)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٩).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

على مال ولم يعيِّناه فإنها لا تنعقد لأن الشركة لا تحصل على مال لم تثبت أيديهما عليه، ولأن كل واحد من المالين يثبت على ملك صاحبه فلم تثبت به شركة، أصله سائر أمواله، عكسه إذا خلطاه أو كانت أيديهما عليه.

وإنما شرطنا خلطهما حتى لا يتميزا إذا كانا بحيث تنالهما أيديهما بالتصرف خلافًا للشافعي في قوله: إن الشركة لا تنعقد إلا بخلط المالين[١] لأن أيديهما ثابتة على المالين كما لو خلطاهما.

وإنما شرطنا أن يكون العمل والربح على قدر رؤوس الأموال خلافًا لأبي حنيفة في قوله: يجوز أن يخرج أحدهما ألفًا والآخر ألفين ويعملا بالمال على أن الربح بينهما نصفين[٢]، لأنه قد ثبت أن عقد الشركة يوجب في جهة كل واحد من الشريكين قسطًا من الربح والخسران ثم اتفقا على أن أحدهما لو شرط على الآخر جزءًا من الخسران أن ينفرد به كان ذلك غير جائز كذلك إذا شرط جزءًا من الربح بعلة أنهما ثمرتا مال الشركة، فوجب تساويهما فيه بقدر المال، ولأن الربح ثمنه المال والمال أصله، فوجب أن يتقسط بين الشريكين على قدر الملك كأجرة العقار.

فصل

وإنما قلنا في العمل: إنه يجب التساوي فيه على قدر رؤوس الأموال كالربح لما ذكرناه في الربح، ولأن اشتراط الزيادة استئجار من مشترطها للآخر بفضل ربح ماله وذلك غرر، ولأن كل واحد ترك العمل [يستحق عليه بحق الشركة بما بذله من فضل ربح ماله كما لو شرط العمل][٣] على صاحب الألفين والربح بينهما نصفين، أو شرط أكثر الربح للذي لا يعمل وأقله للذي يعمل.

إنما قلنا: شركة المفاوضة جائزة خلافًا للشافعي[٤]، لأن تقدير الشركة أنهما أخرجا

---

(١) الأم للشافعي (٣/٢٠٦)، روضة الطالبين (٤/٢٧٧).

(٢) قال الموصلي: (وتصح مع التفاضل في المال والتساوي في الربح إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل وقال زفر: لا تصح المساواة في المال والتفاوت في الربح ولا على العكس)، الاختيار للموصلي (٢/٢٥٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) قال الإمام الشافعي: لا أعرف شيئًا من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطل إلا أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسما الربح فهذا لا بأس به)، الأم (٣/٢٠٦)، الحاوي الكبير للماوردي (٦/٤٧٥).

المالين ثم وكل كل واحد منهما الآخر فى التصرف فيه على الإطلاق وذلك جائز، ولأن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة وتعلق الوكالة بها كتعلقها بالعنان لكن تزيد المفاوضة بالكفالة فيما يثبت لأحدهما قبل صاحبه من الحقوق والضمان يصح فى الذمة لمجهول، كمن استهلك شيئًا لمن لا يعرفه.

وإنما قلنا: إنه يجوز أن ينفرد أحدهما بمال لا يدخله فى الشركة وإن تفاضل رؤوس الأموال، خلافًا لأبى حنيفة فى منعه كل ذلك[1]، وقوله: إن موضوع المفاوضة يقتضى التساوى، لأن كل شركة جازت مع تساوى رءوس الأموال جازت مع اختلافهما كالعنان، ولأنها شركة بمال فى مكسب مباح فوجب أن يستوى فى الجواز استواء المالين واختلافهما كالعنان، ولأن عقد الشركة هو بيع نصيب أحدهما بقسطه من نصيب الآخر وتوكيل أحدهما الآخر فى التصرف وذلك لا يفتقر إلى تساوى المالين.

وإنما قلنا: إن شركة الوجوه باطلة وهو أن يشتركا بغير مال بل بالذمم مثل أن يشتريا شيئًا فى ذممهما على أن يبيعان ويقتسما ربحه خلافًا لأبى حنيفة[2]، لأنها شركة بغير مال ولا صناعة فلم تصح، أصله إذا قال: بع عبدك وأنا شريكك فى ثمنه أو ابتع ما تبتاعه ولى نصف ربحه، ولأنه كل واحد يستعير وجه صاحبه ووجاهه[3] أو مستأجر له بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح وذلك من الغرر وأكل المال بالباطل، ولأن كل واحد يصير بائعًا لنصف ما يشترى الآخر ونصف ربحه وذلك غرر ومجهول.

وإنما قلنا: إن شركة الأبدان فى الجملة جائزة خلافًا للشافعى[4] لأن العمل مما يجوز المضاربة عليه فجازت الشركة عليه من جهتهما كالمال، ولأنه أحد أصلى عقد القراض كالمال، ولأن المقصود من شركة المال هو العمل بدليل أن نماء المال واستحقاق الربح يكون على العمل وأنهما لو شرطا العمل على أحدهما لم يجز، ولو شرطا المال من عند أحدهما والعمل من الآخر لجاز ولكان مضاربة، وإذا صح هذا وجب متى اشتركا فى عمل البدن أن يصح لإيقاعهما العقد على الوجه الذى له يقصد وهو الأصل فيه، ولأن العمل نوع من الشركة فصح أن يكون من جهة أحد الشريكين ويستحق به الربح بدليل المضاربة، وكل ما جاز أن يستفاد به الربح فى حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه كالمال.

(١) بدائع الصنائع للكاسانى (٦/ ٧٢).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ١١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٤٩).

(٣) ثبت فى بعض النسخ (ووجهه)، وما أثبتناه من (ب).

(٤) الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٤٧٩)، المهذب للشيرازى (١/ ٣٤٦).

وإنما أجزناها فى الاصطياد والاحتطاب خلافًا لأبى حنيفة[١]، لأنه عمل مباح يكسبه فجازت الشركة فيه كالخياطة، ولأن الحاجة داعية إلى التعاون على ذلك كسائر الصنائع.

فصل

وإنما شرطنا الاتفاق فى الصنعة المشتركة خلافًا لأبى حنيفة فى تجويزه شركة القصار والدباغ[٢]، لأن أحدهما لا وفق له فى مشاركة الآخر فلا حاجة به إلى معاونته ولا تعلق لكسبه بعمله، فإنما قصد الغرر والقمار فقط فلأن كل واحد منهما يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه ليشاركه الآخر فى مثل ذلك فلم يصح، أصله إذا قال: اتجر فى مالك لنفسك وأتجر أنا فى مالى لنفسى فما ربحت فلك نصفه وما ربحت أنت فلى نصفه، وإنما شرطنا أن يكونا فى موضع واحد لأن التساوى فى العمل لما كان معتبرًا وكان لا يمكن الرفق والمعاونة إلا على هذا الوجه وجب اعتباره.

وإنما أجزنا الشركة بالعروض وصفتها: أن يخرج أحدهما ثوبًا والآخر ثوبًا أو عرضًا غيره، ويعقدا الشركة بينهما على أن يكون الربح بقدر رأس المال فيصح عندنا وإن لم يذكر أثمانًا ولا قالا: إن ثمن هذا الثوب كذا وثمن هذا الآخر كذا، وإذا سكتا عن ذلك انعقدت الشركة بينهما على قيمة العروض فيكون رأس مال كل واحد قيمة عرضه وسواء كانت العروض مما يتميز أعيانها الثياب والدراهم السود مع البيض، أو مما لا يتميز كالحنطة والعسل، وقال الشافعى: إن كانت الشركة على أثمان العروض صحت مثل أن يقول أحدهما: ثمن عرضى مائة، ويقول الآخر: ثمن عرضى مائتان فيعقدا الشركة على ذلك ويكون رأس المال ثمن العرضين، فأما إن سكتا فينظر: إن كان العرضان لا يعرفان بأعيانهما ولا يتميزان بالخلطة، فإن الشركة تصح بينهما، وإن كانت مما يتميز كالثياب وغيرها فلا تصح مع سكوتهما[٣]، ودليلنا على جواز الشركة بالعروض على الوجه الذى قدرناه قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١] ولأن العروض أعيان أموال، فجازت الشركة فيها وإن لم يسميا أثمانها اعتبارًا بما لا يتميز.

* * *

---

(١) قال المرغينانى: (ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه)، الهداية (٣/ ١٢)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٥٤).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ١٠ـ١١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٥٦).

(٣) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٤٧٣).

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

١٩
كتاب الرهون[2]

الأصل في جواز الرهن قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبًا فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣]، وقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن»[3] وقوله: «الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه»[4]، وقوله: «الرهن محلوب ومركوب»[5]، ولأنه ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله[6]، ولأنه وثيقة بالحق كالكفالة، ولأن الحق يتعلق تارة بالذمة وتارة بعين المال، فوجب أن يكون التوثيق منه بمنزلته في تعلقه بالأمرين.

مسألة

الرهن جائز في الحضر والسفر خلافًا لمن قصره على السفر[7]، لما روى أنه ﷺ مات ودرعه مرهونة عند يهودي على شعير أخذه لأهله[8]، وهذا رهن في الحضر واعتبارًا

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الرهن في اللغة: اللزوم والحبس، وفي الاصطلاح: (مال قبضه توثق به في دين). الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣١)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٠٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه: الرهون (٢/ ٨١٦) ح (٢٤٤١)، والدارقطني: سننه (٣/ ٣٢) ح (١٢٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٦٦) ح (١١٢١٩)، وانظر نصب الراية (٤/ ٣١٩).

(٤) تقدم تخريجه، انظر الحديث السابق.

(٥) أخرجه الدارقطني: سننه (٣/ ٣٤) ح (١٣٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٦٤) ح (١١٢٠٧)، انظر تلخيص الحبير (٣/ ٤٢) ح (٥).

(٦) أخرجه البخاري: الرهن (٥/ ١٦٨) ح (٢٥٠٩) ومسلم: المساقاة (٣/ ١٢٢٦) ح (١٢٤/ ١٦٠٣).

(٧) قال الإمام الشوكاني: (وخالف مجاهد والضحاك فقالا: لا يشرع إلا في السفر حيث لا يوجد الكاتب وبه قال داود وأهل الظاهر لأحاديث ترد عليهم وقال ابن حزم: إن شرط المرتهن في الحضر لم يكن له ذلك)، نيل الأوطار (٥/ ٢٣٤)، المغني (٤/ ٣٦٧).

(٨) تقدم تخريجه.

بالسفر لأن الحاجة تدعو إليه في الموضعين، ولأن كل وثيقة جاز أن يستوثق بها في السفر جاز أن يستوثق بها في الحضر كالضمين.

مسألة

كل دين لازم أمكن استيفاؤه من ثمن الرهن فإن أخذ الرهن به جائز خلافًا لمن حكى عنه أنه لا يجوز إلا في السلم، لقوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبًا فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣]، وروى أنه ﷺ رهن درعه عند يهودي على شعير اقترضه[1]، ولأنه دين لازم يمكن أخذه ثمن الرهن كالسلم.

فصل

إذا ثبت فيجب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه من ذلك الأثمان في البياعات إلا الصرف والسلم المتعلق بالذمة، فإن الصرف من شرطه التقابض عقيب العقد ورأس المال في السلم لا يجوز أن يكون دينًا لأنه يكون دينًا بدين، فأما المسلم فيه المتعلق بالذمة إلى الأمل فيجوز أخذ الرهن به، وكذلك القرض والغصب وقيم السلع المتلفات وأروش الجنايات في الأموال، وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة، فأما قتل العمد والجراح التي لا يقاد منها فعلى قول مالك أنه ليس فيها إلا القود لا يجوز أخذ الرهن بها لأن الحق لا يمكن استيفاؤه منه، وعلى قوله: إن الواجب به التخيير بين القود والدية، فإذا لزمت الدية جاز أخذ الرهن بها، ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن تتعين الدية عليه من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي يضمن أخذ الرهن فيها ويجوز فيما لا يضمن منها ويجوز أخذ الرهن في الأجرة على الإجارة كالثمن في البياعات وفي المنافع المستأجرة عليها المضمونة في الذمة دون الأعيان، وكذلك الجعل بعد العمل لأنه قد لزم ولا يجوز قبله، ويجوز الرهن في المهر، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة.

مسألة

يصح عقد الرهن من غير قبض لكن القبض شرط في صحته، فإذا عقد الرهن صح ولزم الإقباض، فإن امتنع الراهن منه أجبر على ذلك، ولا يبطل العقد بتأخير القبض ما

(١) تقدم تخريجه.

لم يكن من المرتهن تراخ فى المطالبة بـه ورضا بتركه فى يد الراهن، وقال أبـو حنيفة[١] والشافعى: إذا عقداه من غير قبض فـهو جائز وليس بلازم، فإن شاء الراهن قبضه ولزم وإلا فله ألا يقبـضه ولا يلزم[٢]، ودليلنا قـوله: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣] وليس يخلو أن يكون شـرطًا أو أمـرًا وأيًا كان ذلك فـالعـقـد حاصل وإن لم يـوجد وكـذلك الاسم، ولأنه عقـد من العقود فلم يكـن من شرط انعقـاده قبض المعقـود عليه، أصله سائر العقود، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس انعقادة كالبيع.

فصل

وإذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه كان رهن شـيئًا من ماله لبعضهم وأقر أنه أقبضه إياه فلا يقبل إلا ببينة تشهد بمعاينة القبض خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يكفى التقارر فى ذلك[٣]، لأن إقرار المقر على نفسه إنما يقبل فـيما لا يسقط حق غيره ويمكن أن يكونا قد تراضـيا على الإقرار بذلك لـيسقط حق باقى الغـرماء فلم يقبل إلا بشـهادة البينة عليه.

فصل

استدامة القـبض شرط فى صحة الرهن فمتى حصل مـقبوضًا ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن باستخدام أو بعارية أو وديعـة أو غير ذلك فقد خرج من الرهن خلافًا للشافعى[٤]، لقوله تعلى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣]، فعم سائر أحـوالها، ولأنها حال من أحـوال الرهن فكانت تبـقيتـه فى يد الراهن باخـتيار المـرتهن مخرجـة له عن الرهن، أصله الابتداء.

فصل

يصح عقد الرهـن قبل وجوب الحق، فإذا وجب الحق كان رهنًا بـه بذلك العقد ولا

(١) قال الموصلى:(ولا يتم إلا بالقبض أو بالتخلية وقبل ذلك إن شاء سلم وإن شاء لا). الاختيار (٢/ ٧٩)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٦٦).

(٢) الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٣٠)، روضة الطالبين (٤/ ٦٥).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ١١٥)، الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ١٩٧).

(٤) قال الماوردى: (خروج الرهن من يد المرتهن إلى يد الراهن لا يبطل الرهن لأن استـدامة قبضه ليست شرطًا فى صحته)، الحاوى الكبير (٦/ ٣٢).

يحتاج إلى استئناف عقد ثان، وكذلك يصح تقدم الضمان على الحق المضمون، وقال الشافعي: لا يصح[١]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] فعم، ولأنه أذن له في قبضه على وجه الأمانة والضمان فصح كالوديعة والقضاء إذا قال له: اقبض ما يجيئك به فلان من متاعي وديعة لي عندك أو خذ هذا الكيس فاقبض منه حقك.

فصل

يجوز أن يتفقا على أن يكون الرهن عند أمين يتراضيان به وإن لم يقبضه المرتهن، خلافًا لمن قال: لا يصح إلا إذا قبضه المرتهن بنفسه[٢]، لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣] معناه من الراهن وهذا موجود، ولأنه مقبوض من الراهن بحق برضا المرتهن فأشبه أن يقبضه بنفسه.

فصل

يصح رهن المشاع خلافًا لأبي حنيفة[٣]، لأنهم إن سلموا أن قبضه يصح فالظاهر يتناوله لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣]، وإن منعوه دللنا عليه بأن صفة القبض متساوية لا تختلف باختلاف ما يوجبه من كونه بيعًا أو رهنًا، وقد ثبت أن بيع المشاع جائز وأن بيع ما لا يمكن قبضه لا يصح وصح إن كان قبضه ممكن، ولأنه مما يصح قبضه بالبيع فصح ارتهانه كالمقسوم، ولأن الإشاعة لا تمنع صحة الرهن كما لو رهن دارًا من رجلين في عقد واحد.

فصل

إذا ثبت أن رهن المشاع جائز ولا يخلو باقيه أن يكون له أو لغيره، فإن كان للراهن لم يصح الرهن إلا أن يقبضه الكل لأنه ما لم يقبضه فيد الراهن باقية عليه، وإن كان للمرتهن أو للأجنبي صح إذا خرجت يد الراهن عنه.

---

(١) قال الماوردي: (أن يعقد قبل ثبوت الدين فهو أن يقول: قد رهنتك داري على أن تداينني أو تبايعني أو على ما يحصل لك عليّ فهذا رهن باطل لتقدمه على الدين)، الحاوي الكبير (٦/ ٢٠).

(٢) حكي ذلك عن الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى. المغني (٤/ ٣٨٧).

(٣) الهداية للمرغيناني (٤/ ٤٧٢).

فصل

إذا تأخر الإقباض إلى أن مات الراهن أو أفلس بطل الرهن لأن حق جميع الغرماء يتعلق بالتركة فلا يجوز أن يختص بها بعضهم دون بعض، وإنما يكون المرتهن أحق بتقدم الحيازة قبل موت الراهن وتعلق حقوق الغرماء كلهم بالمال، وهذا متى أمكن الإقبال فلم يفعل، فأما إذا لم يمكنه بأن لم يزل يطالبه بالإقباض والراهن ويوافقه إلى أن مات أو أفلس، فإن حق الراهن ثابت للمرتهن.

مسألة

الأشياء المرهونة: منها ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالعقار والحيوان، فهذا الضرب لا يكون مضمونًا على المرتهن ويكون تلفه من المالك ما لم يكن من المرتهن تعد فيه، ومنها يخفى هلاكه وهو مما يغاب عليه ويبطن كالذهب والفضة والحلى والعروض، فهذا عندنا مضمون على المرتهن إذا قبضه فادعى تلفه يقاص به من حقه، إلا أن تقوم بينة أو يعلم الراهن أنه تلف بغير صنعه ففيها روايتان: إحداهما سقوط الضمان، والأخرى ثبوته عليه وإن شرط فيما يضمن ألا ضمان عليه لم ينفعه، وإن شرط فيما لا يضمن أن عليه ضمانه لم يلزمه، وإذا كان الرهن على يد أمين لم يضمن المرتهن هلاكه وكان هلاكه من ربه.

فصل

وإنما فرقنا بين ما يخفى هلاكه وبين ما يظهر خلافًا لأبي حنيفة في إيجابه الضمان في الجميع[١]، [وخلافًا للشافعي في إسقاط الضمان في الجميع[٢]][٣] وقوله: إنه أمانة كالوديعة، لأن الرهن ليس بجارٍ مجرى الأمانات المحضة ولا مجرى المضمون المحض لأنه قد أخذ شبهًا من الأمرين فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد، وذلك أن

(١) الاختيار للموصلي (٢/ ٨١)، الهداية للمرغيناني (٤/ ٤٦٧).

(٢) قال الماوردي: (اختلف الناس في الرهن هل هو مضمون على المرتهن أو غير مضمون. مذهبنا إن الرهن أمانة لا يضمن إلا بالتعدي وبه قال من الصحابة أبو هريرة رضي الله عنه ومن التابعين ابن المسيب ومن الفقهاء ابن أبي ذئب وأحمد بن حنبل وأبو ثور)، الحاوي الكبير للماوردي (٦/ ٢٥٤)، روضة الطالبين (٤/ ٩٦).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

الأمانة المحضة هى ما لا نفع فيه لقابضه بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض هو ما يكون نفعه كله لقابضه كالمشترى أو بتعد أو جناية، وما خرج عن هذا وأخذ شبهًا من الأمرين ترجح الأمر فيه ولم يكن له حكم المحض منهما، وفى مسألتنا فلم يكن تعد ولا جناية فيضمن، ولا مما ينفرد المالك بالمنفعة به فيسقط الضمان عن المرتهن بل المنفعة لهما: للمالك بأن حصل له ما ابتاعه أو ملك وبقى الدين فى ذمة لأجل الرهن ولولاه لم يملكه فقد انتفع له وللمرتهن بحصول التوثق به فلم يقبضه لمالكه، كالوديعة وإنما قبضه ليكون على وثيقة بحقه، وإذا أخذ شبهًا من الأمرين لم يجز أن ينفرد بحكم أحدهما على التحديد فيجب الفصل بينه وبينها وفى ذلك ثبوت ما قلناه لأن أحدًا لم يفصل بينهما بما سواه.

ووجه قوله: إنه إذا قامت بينة بهلاكه أو علم بأنه من غير صنعه فلا ضمان عليه إذ سبب الضمان معدوم لأنه إنما يضمن لئلا يكون قد أتلفه وادعى أنه تلف بغير صنعه، فإذا علم صدقه فلا ضمان ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له فيما يظهر تلفه قبل قوله ولم يضمنه، ووجه إيجاب الضمان أن أصله مقبوض على ذلك فلا ينتفى عنه حسمًا للباب، والأول أصح.

فصل

وإنما قلنا: يضمن بقيمته ويقاص به من دينه لأن الضمان يتعلق بما حصل فى قبضه، فإن جاء به وإلا فعليه بدله وهو القيمة، وإذا قلنا: يقاص به من دينه لأن رب الرهن قد استحق فى ذمة المرتهن حقًا فلم يكن لأحدهما مطالبة الآخر بما يستحقه إلا ويتوجه للآخر عليه مثل ذلك، فوجب القصاص وترادا الفضل بينهما، فإن كان فيه فضل عن الحق غرمه المرتهن، وإن كان أقل منه لزم الراهن بقية الحق، وإن كان بقدره كان قصاصًا.

فصل

وإنما قلنا: إذا شرط [فى نوع منه خلاف موجبه لم ينفعه لأنه شرط][1] ينافى حكم أصل العقد فلم يثبت، أصله إذا شرط فى الوديعة أنه ضامن أو شرط [فى القرض أنه

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

غير ضامن، ولأن مـا يلزم العقد ويكون هو أصل فى][1] قبضه إذا شرط فيه انتفاؤه لم يصح كما لو شرط فى النكاح أنه لا يطأ وفى البيع أنه لا يتصرف فى المبيع.

فصل

وإنما قلنا: إن الرهن إذا كان على يد أمين: فـإن تلفه من ربه لأن المرتهن إنما يضمنه بالقبض والحوز وهذا معدوم، والأمين هو فى يده أمانة لأنه قبـضه لمنفعة غيره لا لمنفعة نفسه فلم يضمنه، ولأن ربه لم يرض بأمانة المرتهن فلم يكن له عليه سبيل.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فتلف الرهـن المضمون فى يد المرتهن: فإن اتفقا على قيـمته وقدر الدين فلا كـلام، وإن اختلفا لم يخل اخـتلافهمـا أن يكون فى قدر الحق أو فى قيـمة الرهن أو فيهـما: فإن كان فى قـيمة الرهن وصفة المرتهن وقـوّم على صفته فـإن وافقه الراهن على صفته قـوّم على تلك الصفة، فإن خالفه فالقـول قول المرتهن مع يمينه فى ذلك لأنه غارم، والأصـول موضوعة على أن القول قـول الغارم مع يمينه، فـإذا قومه أهل الخبرة على الصفة التى حلف عليها المرتهن حط مـقدار دينه من القيمة وأخذ فضلاً إن بقى له أو رجع عليـه بفضل إن بقى عليه فـإن امتنع المرتهن أن يحلف على الصـفة التى ادعها ثم ردت اليمين على الراهن فحـلف على ما يدعيه من الصفة ثم قُوِّم الرهن على صفتـه، وإن جهلت صفته حلف المرتهـن على قيمته فـقط لأنه لا يوصل إلى أكثر من ذلك، ومن ادعى منهما فى الـصفة ما يكذبه العرف لم يتلفت إلى دعـواه، فأما إن اتفقا على صفته واختلفـا فى قدر الحق الذى رهن به: فإن المرتهن يحلف على ما يدعيه ثم يثبت له منه قـدر قيمة الرهن، ويقـال للراهن: إما أن تحلف على ما يدعيـه ويسقط عنك قدر ما زاد على قـيمة الرهن، وإلا لزمك ما حلف عليـه المرتهن، وكذلك لو كان الرهن قائمًا بحاله.

وإنما قلنا ذلك لأن المرتهن إذا قبض الرهن وحازه صار شـاهدًا له بقدر ما يدعيه لأن العادة جارية بأن الناس إنما يرتـهنون ما يساوى ديونهم أو يقاربها لا مـا لا يفى بها، فإذا ادعى أحدهما ما يصدقه العرف وادعى الآخر مـا يكذبه العرف كانت اليمين فى جنبة ما يصدقه العرف، ولأن أحدًا لا يرتهن على ألـف درهم ما يساوى عشرين درهمًا ولا على

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

عشرين درهمًا[(١)] ما يساوى مائتين.

وإنما شرطنا أن يكون فى يد المرتهن لأنه إذا كان فى يد أمين سواه، فإذا الراهن لم يرد ائتمانه عليه ولا أن يكون الرهن شاهدًا له بدعواه، فكان القول قول المدعى عليه [منهما][(٢)] مع يمينه، فأما إذا كان الخلاف فى أصل هلاك الرهن فادعى المرتهن هلاكه وأكذبه الراهن فزعم أنه غيبه وأنه باق بحاله، فإن المرتهن يحلف على أنه قد هلك ثم يكون الحكم فى الصفة والتقويم على ما وصفناه.

فصل

إذا اختلفا على عين رهن: فقال الراهن: ليس هذا رهن، وقال المرتهن هذا الذى رهنته عندى، فالقول قول المرتهن لأن المرتهن مؤتمن على عين الرهن، فالراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى عليه لا يعترف بها، ولأنه لما رضى بأمانته وأن يكون الرهن فى قبضته ولم يتوثق منه بالإشهاد على عينه وجب أن يكون القول قوله فى ذلك.

فصل

ومن أقر لرجل بسلعة فى يده وادعى أنه رهنها منه على حق له عليه وأنكر ربها أن يكون رهنها منه وأنكر الدين، فالقول قول رب السلعة مع يمينه لأن الذى هى فى يده معترفًا له بها ويدعى تعلق من له بعينها فلا يقبل منه إلا ببينة، ولا يكفى فى ذلك كونها بيده لأن ذلك لا يوجب تعلق حقه بها.

مسألة

نماء الرهن على ضربين: أعيان وغير أعيان، فغير الأعيان لا يدخل مع الرهن فى كونه رهنًا مع أصله، وذلك مثل الأجرة والغلة وما أشبه ذلك.

والأعيان ضربان: منها ما ينفصل ويتميز عن الأصل، ومنها ما لا يتميز، فالذى لا يتميز هو مثل كبر الصغير وسمن المهزول هذا لا خلاف أن حكمه حكم العين المرهونة، والمتميز نوعان: نوع منه نسل أو ما يجرى مجرى النسل فى الحكم فهذا يكون رهنًا مع الأصل كولد الأمَة والدابة وفسيل النخل[(٣)] وفراخ الشجر، والنوع الآخر لا يوصف

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

(٣) الفسيلة: النخلة الصغيرة، القاموس المحيط (٤/٢٩).

بذلك فلا يكون رهنًا مع أصله كثمــار النخل والشجر وألبان الماشية وأصوافـها وما أشبه ذلك.

وإنما قلنا: إن الأجرة والغلة لا يكونان رهنًا لأنهما أعيان منفصلة عن الرهن لا يكون حكمهما حكم الأصل فـيما يعقد عليه من عقـود المنافع والإجارات فلم يدخل معه فى الرهن لأن ذلك غلة وخراج والرهن تناول العين دون المنافع، ولقوله ﷺ: «الرهن ممن رهنه، له غنمه»[(١)]، وذلك يفيد أنه منفرد به لا يتعلق لغيره حق فيه.

فصل

وإنما قلنا: إن ما لا يتميـز مثل السِمَنْ والكِبَر، حكمه حكم الأصل لأنه نفس العين ليس بعين زائدة عليها، ولأنه لو نقص من العين لم يكن له حكم فكذلك إذا طرأ عليه، وإنما قلنا: النسل رهن مع الأمهات لأن كل حكم استقر فى رقبة الأم دون منافعها، فإنه يسرى إلى ولدها، أصله ولـد أم الولد [وولد المدبرة، ولأن الأصول موضـوعة على أن كل حكم يثبت فى الأمهات فإن الولد يتبع أمه فيه من ذلك الزكاة، وولد أم الولد][(٢)]، والمعتق نصفه، وإلى أجل والمدبرة والمكاتبة، فكذلك حكم الرهن، ولأنه نماء من جنس الرهن ومن خلقـته وصورته كنمـاء المتصل به، وإنما قلنا: إن الثـمن وغيره من خـراجه ليس برهن معه خـلافًا لأبى حنيفة[(٣)] لقـوله ﷺ: «الرهن ممن رهنه، له غنمـه وعليـه غرمه»[(٤)] وهذه الإضـافة تفـيـد إفـراده ونفى الشركـة عنه، ولقـوله: «الرهن مـحلوب ومركوب»[(٥)]، وفائدة ذلك استحقاق الراهن لما يحلب منه ولأجرة ركوبه، ولأنه نماء مميز عن الأصل مخالف له بالخلق والصورة كالكسب أو لأنه نماء من غير جنسه كالأجرة.

فصل

نفقة الرهن على راهنه لأن الذى للمرتهن فيـه حق التوثيق وذلك لا يستحق به نفقة عليه كالكفـارة، ومنفعته وخراجه له دون مـرتهنه لأنه على ملكه وإنما للمرتهن منه حق التوثق وهو أخذ دينه ثمنه عند تعذر أدائه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) انظر الهداية للمرغيناني (٤/٤٩٨)، الاختيار للموصلى (٢/ ٨٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

إذا غصب عينًا فهى مضمونة عليه بالغصب، ويصح أن يرهنها مالكها منه وهى فى يده قبل أن يقبضها من الغاصب، فإذا رهنها منه صارت مضمونة عليه بالرهن إن كانت مما يضمن بالرهن وزال ضمان الغصب خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يزول ضمان الغصب[1] وإن كان رهنًا، لأنه عقد يقتضى إمساك العين بإذن المالك فوجب أن ينتفى حكم الغصب حال حصوله كالوديعة ولأن ابتداء إمساك العين بإذن مالكها يمنع أن تكون مضمونة ضمان الغصب، أصله إذا ابتدأ إرهان شىء عنده ابتداء، وإذا أقبضه منه ثم أعاده إليه، ولأن الرهن عقد يتعلق به الضمان، فإذا طرأ على الغصب سقط به ضمان الغصب، أصله البيع.

فصل

الرهن يتعلق بجملة الحق وأبعاضه، وفائدة ذلك أن يرهنه عبدين على ألف درهم فيقبض منها تسعمائة: فإن العبدين يبقيان رهنًا بالمائة الباقية ولا يستحق على المرتهن بتسليمهما ولا تسليم واحد منهما، وكذلك لو أقبضه العبدين فتلف أحدهما كان الباقى رهنًا بجميع الدين، وكذلك لو كان الرهن مما ينقسم مثل أن يرهنه كُرّين من حنطة على مائة درهم فيقبض خمسين درهمًا فلا يستحق عليه أن يرد من الرهن بقدر ما فى مقابلة الحق خلافًا لمن ذهب إلى أنه يستحق رد ما أدى بقدره، ولأن الرهن مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوسًا بكل حق منه، أصله لو مات وعليه دين وخلف تركة، فإن بيعها محبوس على الدين، [ولا يستحق الورثة منها شيئًا إلا بأداء جميع الدين][2]، ولأنه وثيقة بحق فوجب أن يكون وثيقة به وكل جزء منه، أصله الضمان.

فصل

إذا رهنه رهنًا بحق له ثم أراد أن يأخذ زيادة على ذلك الحق ويكون الرهن رهنًا بها جميعًا جاز خلافًا لأبى حنيفة[3] وأحد قولى الشافعى[4] أنه يكون رهنًا بالحق الأول دون

(١) روضة الطالبين (٩٨/٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال المرغينانى: (وتجوز الزيادة فى الرهن ولا تجوز فى الدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنًا بها) (٤٩٨/٤).

(٤) قال النووى: (يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهنًا بعد رهن ثم هو كما لو رهنهما معًا ولو =

الثانى، لأنه وثيقة بالحق، فإذا اشتغلت بحق جاز أن يشتغل بحق آخر مع بقاء شغلها بالحق الأول كالضمين، ولأنها زيادة فى التراهن فى حق المتراضين كالزيادة فى الرهن لأنه حق تعلق بعين يستوفى من ثمنها فجاز أن يزاحمه فى التعلق بها حق آخر، أصله أرش الجناية إذا طرأت عليه جناية أخرى.

فصل

إذا رهن رهنًا على مقدار قيمته أو أقل، فأراد أن يرهن فضله من آخر فليس له ذلك إلا بإذن مرتهنه: فإن رضى جاز وإن لم يرض نظر، فإن كان الحق بقدر الرهن[1] أو قيمته أقل من قدر الحق لم يجز له ذلك، وإن كانت قيمة الرهن زيادة على قدر الحق، فأراد أن يرهن فضله فاختلف فيه: فقيل: إنه يجوز وإن لم يرض، وقيل: لا يجوز إلا بإذنه.

وإنما قلنا: إنه لا يجوز إذا كان بقيمة الحق إلا بإذن مرتهنه لأن فى ذلك رجوعًا عن الرهن، كما لو رهن عبدين ثم أراد انتزاع أحدهما وذلك لأن المرتهن الثانى يزاحم الأول فى الرهن بعد تعلق حق الأول به وانفراده باستحقاقه فلم يجز إلا برضاه.

وإنما قلنا: إنه يجوز بإذن المرتهن الأول على كل وجه لأن المنع من ذلك لحقه، فإذا رضى بإسقاطه لم يبق ما يمنع لأجله، ولأنه إن كان بقدر الحق فقد رضى بأن يزاحمه غيره كالمرتهن عنده عبدين، فأراد أن يرجع فى أحدهما أو يرهنه من آخر، فإن المرتهن إذا رضى بذلك جاز، فإن كان بأكثر من قدر الحق كان أولى بالجواز لأن الضرر مأمون فيه ووجه القول بأنه إن رضى جاز ولا يجوز بغير إذنه لأن فى ذلك إضراره ومشاركة لغيره فى حقه، وذلك رجوع فى الرهن، و لأنه رضى بحق، فإذا زوحم فيه لم يجز إلا بإذن من تعلق حقه به، أصله إذا كان بقدر الحق، ووجه القول بأنه جائز وإن لم يأذن فلأنه لا ضرر عليه فى ذلك لأن حقه تقدم على حق الآخر إنما يستحق ما فضل عن قدر حقه وليس له حق فيما زاد على قدر حقه.

= كان الشىء مرهونًا بعشرة وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهونًا بها أيضًا لم يصح على الجديد الأظهر)، روضة الطالبين (٤/٥٦).

(١) ثبت فى (ب) (القيمة).

فصل

إذا رهن عبداً ثم أعتقه فلا يخلو أن يكون موسراً، فإن كان موسراً نفذ عتقه وعجل المرتهن حقه، وإنما قلنا ذلك لأن العتق مبنى على التغليب [وفى إيقاع الراهن له رضا بتعجيل الحق لأن الرجوع فى الرهن غير جائز، ولا يجوز الرجوع فى العتق لقوته وإنه مبنى على التغليب][1]، فلو لم نقل أن الحق يتعجل لكان فيه رجوع الراهن عن الرهن وذلك غير جائز، فإن أراد أن يعطيه رهنًا غيره، فقيل: يجوز إلى أجل الدين قاله شيخنا أبو بكر: ويشبه أن يكون برضاه، وقال ابن القاسم: ليس له ذلك وهو الصحيح لأنه ليس له أن يتلف حقه من الوثيقة إلا بأداء الدين لأن ذلك إن جُوِّز له جاز أن يبذل الرهن بغير رضاه وذلك غير جائز، فأما إن كان الراهن معسراً، فإن العتق لا ينفذ ويبقى رهنًا، فإن أفاد مالاً قبل الأجل نفذ العتق وعجل حق المرتهن على ما ذكرناه، وإن بقى على إعساره بيع العبد عند حلول الأجل، وقال أبو حنيفة: نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً[2].

فدليلنا على أنه لا ينفذ مع الإعسار قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، ولأنه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن فلم ينفذ مع الإعسار كالبيع، ودليلنا على نفوذه مع اليسار لأنه لا يبطل حق المرتهن مع التوثق لأنه إما أن يعجل له حقه فذلك مقدم على التوثق أو أن يوضع له رهن مكانه، فحق التوثق باق لهذا فارق الإعسار.

وإنما قلنا فى الإعسار: إنه إذا أفاد مالاً قبل الأجل نفذ العتق وعجل المرتهن حقه لأن المنع من نفوذه إنما كان لحق المرتهن، فإذا زال هذا المعنى لم يبق ما يمنع العتق لأجله كاليسار، وإنما قلنا: يعجل له حقه لما بيناه من أن إعتاقه رضا بتعجيل الحق، وإنما قلنا: إن بقى على إعساره بيع عند الأجل لأنه باق على الرق لأن العتق لم ينفذ فحق التوثق متعلق به.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال المرغينانى: (وإن كان معسراً سعى العبد فى قيمة الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر)، الهداية (٤/٤٨٧ ـ ٤٨٨)، الاختيار للموصلى (٢/٨٩).

فصل

إذا رهن أمته لم يجز له وطؤها[١] لأن في ذلك إعادتها إلى قبضه وتعريضًا لبطلان حق المرتهن منها لأنها قد تحمل فتكون أم ولده فلا يجوز رهنها، فإن فعل نُظر، فإن كان بإذن المرتهن بطل الرهن لأن إذنه له في التصرف رضا منه بإعادته إلى قبض الراهن، فقد بينا أن استدامة القبض من شرط صحة الرهن، وإن كان بغير إذنه فإن لم تحمل فهي رهن بحالها، وإن حملت وله مال كانت أم ولده وعجل للمرتهن حقه اعتبارًا بالعتق، وإن لم يكن له مال بيعت وقضى الحق من ثمنها اعتبارًا بالعتق المنجز، فإن كان ثمنها أقل من الحق أتبعه بالباقي في ذمته، وإن كان ثمنها أكثر بيع منها بمقدار الحق وكان ما بقي بحساب أم الولد لأن الزيادة لا حق للمرتهن فيها، ولا يباع الولد بحال لأنه واطئ لأمته داخل على حرية ولده[٢]، وإن كان فيه شبهة على ما ذكرناه، فإن وطئها المرتهن فهو زان والحد لازم له والولد لا يلحق ويكون معها رهنًا يباع ببيعها، وإنما قلنا: إنه زان لأن الوطء لا يستباح إلا بنكاح أو ملك وكل ذلك معدوم وليس بواطئ شبهة، فلذلك يلزمه ما يلزم الزاني، وقلنا: إن الولد رهن معها اعتبارًا بزناها بغيره، وإن وطئها بإذن الراهن وإحلالها [فذاك شبهة إن كان يظن أن مثل هذا يبيح الوطء وتلزمه قيمتها للراهن][٣] لتكامل أم ولد، وتكون أم ولده إن حملت ولا تلزمه قيمة الولد لأن السيد لما أباحه وطأها صار منتفعًا بها بإذنه ودخل على أن ولده حر.

فصل

نهى النبي ﷺ عن غلق الرهن[٤]، ووصفه: أن يرهن منه رهنًا على أنه إن جاءه بحقه عند أجله وإلا فالرهن له، ومتى شرط ذلك لم يصح والرهن على ملك راهنه، وإنما قلنا ذلك لنهيه ﷺ عن غلق الرهن والنهي يقتضي الفساد، ولأنه بيع غرر ومجهول لأنه لا يعلم كيف يكون الرهن وقت أخذه ولا صفته، ولأنه تعليق بيع بصفة وعقود المعاوضة لا تقف على الصفات كقوله إذا قدم زيد بعتك سلعتي هذه.

---

(١) المدونة الكبرى (٤/ ١٧٥)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠).
(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠).
(٣) الذي بين المعكوفين سقط من (ب).
(٤) تقدم تخريجه.

فصل

إذا باع الراهن بغير إذن المرتهن لم يجز بيعه لأن فى ذلك إبطال حق الوثيقة، وإن باعه بإذنه جاز ولم يلزمه تعجيل الحق إلا بعد يمين المرتهن له أنه ما أذن له فى ذلك إلا ليتعجل حقه[1].

فصل

يصح توكيل الراهن للمرتهن فى بيع الرهن وأخذ ثمنه عند حلول الأجل وتعذر أداء الحق ويكون له بيعه خلافًا للشافعى[2]، اعتباراً بتوكيل الأجنبى فإذا ثبت جوازها فإنها تكره عند مالك فيما له خطر وبال، ويجوز عند أشهب وإنما كرهت لأن بيعه عند الحاكم أحوط لهما وأحسم لدعوى الراهن محاباة المرتهن نفسه بترك الاستقصاء، وليكون أسلم للمرتهن.

فصل

فإن أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل لم يكن له ذلك، وقال إسماعيل بن إسحاق: له ذلك، وهو قول الشافعى[3]، ودليلنا أن هذه الوكالة قد تعلق بها حق المرتهن وهو تولى بيع الرهن ليصل المرتهن إلى أخذ حقه، وفى فسخها إبطال هذا المعنى، واعتبرها إسماعيل بسائر الوكالات وبأنها من العقود الجائزة.

فصل

مال العبد ليس برهن معه لأنه ملك له دون السيد ما لم ينتزعه السيد منه، ورهن العبد ليس بانتزاع لماله بخلاف البيع.

---

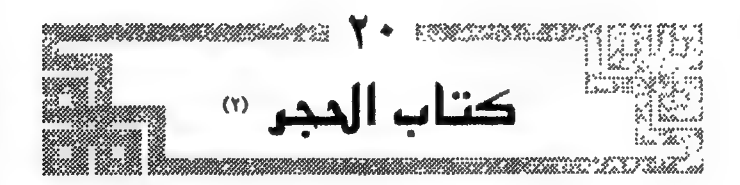
(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨١٩).

(٢) قال الإمام الشافعى: (وإذا ارتهن الرجل من الرجل العبد وشرط عليه أن له إذا حل حقه أن يبيعه لم يجز له بيعه إلا بأن يحضر رب العبد أو يوكل معه ولا يكون وكيلاً بالبيع لنفسه فإن باع لنفسه فالبيع مردود بكل حال)، انظر الأم (٣/١٤٩).

(٣) قال الإمام الشافعى: (ولو كان الرهن على يدى عدل لا حق له فى المال ووكله الراهن والمرتهن ببيعه كان له أن يبيعه ما لم يفسخا وكالته وأيهما فسخ وكالته لم يكن له البيع بعد فسخ الوكالة) الأم (٣/١٤٩).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] (١)



٢٠
كتاب الحجر (٢)

ويحجر على الأصاغر حتى يبلغوا ويؤنس منهم الرشد، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وقوله: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦]، وقوله: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلمًا﴾ [النساء: ١٠] الآية، ولأن الصغير لا يعرف حظه ولا يحسن التصرف فى مال نفسه فكان كالمجنون فوجب الحجر عليه، وأن ينظر وليه فى ماله [فجعل فيه بالصلاح فإذا بلغ لم يدفع](٣) إليه دون أن يختبره ويعرف رشده من فساده [وإمساكه على نفسه] من تبذيره وإضاعته لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] فعلق انفكاك الحجر بالبلوغ وإيناس الرشد، وكان الحجر عليه فى الصغر إنما كان لهذا المعنى فإذا بلغ وهو على تلك الحال فالحجر عليه مستحب، واعتباراً ببلوغه مجنونًا.

فصل

إيناس الرشد الذى ينفك معه الحجر هو: إصلاح المال وضبطه وترك تبذيره وإنفاقه فى وجوهه، فإذا بلغ الصبى وهو بهذه الصفة انفك حجره سواء كان فاسقًا فى دينه أو

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الحجر فى اللغة: المنع مطلقًا، وفى الاصطلاح: هو صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه فى الزائد على قوته أو تبرعه بماله، انظر الصحاح (٣/ ٨٢٣)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤١٩).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

عدلاً، خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يحجر على الفاسق وإن كان مصلحًا لماله[١]، لأن الحجر فى المال لمعنى يرجع إلى إضاعته وتبذيره لا إلى قلة الدين، ألا ترى أنه يبتدى الحجر على البالغ متى وجد فيه هذا المعنى كما يستدام فى الصغير، وقد ثبت أن الفسق لو طرأ على الكبير لم يحجر عليه فكذلك إذا بلغ وهو موجود به، ولأنه معنى لا يؤثر فى تبذير ماله ولا إضاعته فلم يوجب الحجر كسائر أفعاله وتنقله فى المذاهب.

فصل

ويبتدأ الحجر على الأكابر المبذرين لأموالهم خلافًا لأبى حنيفة[٢]، لأنه إجماع الصحابة روى عن عثمان وعلى والزبير وابنه وعائشة رضى الله عنهم،وذلك أن عبد الله ابن جعفر اشترى أرضًا [سبخة بمال عظيم غبن فيه][٣] فقال على رضوان الله عليه: قم لأحجر عليك، فشكى [عبد الله إلى الزبير فقال: أنا شريكه][٤] فحمله على إلى عثمان فطلب منه أن يحجر عليه فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير[٥]، وهذا يدل على استحقاق الحجر لولا أن شريكه ضابط لا يخاف منه الدخول فيما يتلف ماله ولم يظهر لهم مخالف، ولأن كل من فى منعه من ماله صلاح له وفى تركه معه إتلافه وإضاعة له وخوف الفقر عليه فإن الحجر عليه مستحق، أصله الصغير، ولأن البلوغ لا يمنع الحجر مع تبذير المال وإضاعته، أصله إذا بلغ مبذرًا.

فصل

لا ينفك الحجر عن الصغيرة حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها زوجها وتكون مصلحة لمالها، خلافًا لأبى حنيفة[٦] والشافعى فى قولهما: إن الحجر يفك عنها بمجرد البلوغ وإيناس الرشد من غير حاجة إلى الزواج[٧]، لأنها بالبلوغ لم تخبر الرجال ولا عرفت

---

(١) ثبت فى (ب) (وإصلاحه لنفسه).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٨١)، الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٣٥٠).

(٣) قال الموصلى: (ولا يحجر على الحر العاقل البالغ وإذا كان سفيهًا ينفق ماله فيما لا مصلحة له فيه)، الاختيار (٢/ ١٢٦)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٣١٥).

(٤) الذى بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) سقط من (ب).

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ١٠١) ح (١١٣٣٥).

(٧) الهداية للمرغينانى (٣/ ٣١٩)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٢٥).

المعاملات ولا تقف على إصلاح المال ووجوه الغبن فكان الحجر عليها مستصحبًا حتى إذا دخل بها الزوج وعرفت الرجال وما يراد منها وبرز وجهها وعرفت المعاملات وعلم منها ضبطها لمالها فك حجرها وهذا هو الفرق بينها وبين الغلام.

فصل

حد البلوغ فى الذكور: الاحتلام أو الإنبات أو أن يبلغ من السن ما يعلم أن من بلغه فقد بلغ فى العادة، ولم يُحد مالك رحمه الله فيها حدًا، وقال أصحابنا: مثل سبعة عشر سنة أو ثمان عشرة سنة، وهذا الأوصاف هى علامات فى النساء ويزدن على الذكور بالحيض والحمل، وقال أبو حنيفة: لا معتبر بالإنبات فى البلوغ[1]، وقال الشافعى: يحكم به فى المشركين، وله قولان فى أنه بلوغ أو دلالة على البلوغ وفى أنه يكون بلوغًا فى المسلمين أو لا[2]، فدليلنا على اعتباره ما روى عطية عن سعد قال حكمنى رسول الله ﷺ فى بنى قريظة فحكمت بقتل مقاتلهم وسبى ذراريهم فكنا نكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت منهم قتلناه، ومن لم ينبت جعلناه فى الذرارى فقال رسول الله ﷺ : «حكمت بحكم الله»[3]، وقوله : «الجزية على من جرت عليه المواسى»[4]، وكذلك كتب عمر رضى الله عنه فى أخذ الجزية[5]، وما روى عن عثمان رضى الله عنه فى الغلام الذى سرق: إن كان أخضر مؤتزره فاقطعوه[6]، ولأنا لو قصرنا البلوغ على السن لم يكن لنا دلالة عليه فأمكن حجرها فيؤدى إلى إسقاط الأحكام فوجب اعتبار معنى زائد عليها وليس إلا ما قلناه.

فصل

دليلنا على الشافعى فى فصله بين المسلمين والمشركين أن كل ما جاز أن يكون بلوغًا أو دالاً على البلوغ فى الكافر جاز فى المسلم، أصله السن والاحتلام، ولأن دلالته على

(١) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٣٥٢)، انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٣١).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣١٩)، الاختيار (٢/ ١٢٥).

(٣) انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٣٠)، الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٣٤٣).

(٤) أخرجه البخارى: المغازى (٧/ ٤٧٥) ح (٤١٢١) ومسلم:الجهاد (٣/ ١٣٨٨) ح (٦٤/ ١٧٦٨).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٣٣) ح (١٨٧٠٠)، وهو من قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

(٦) تقدم تخريجه.

ذلك ليست بمعنى يرجع إلى الدين وإنما هو لمعنى يتعلق بالعادات وهذا يستوى فيه المسلم والكافر، [والخمسة][1] عشـرة سنة ليسـت ببلوغ ولا حـدًا له ، وحكى عن ابن وهب اعتبارها وهو قول الشافعى[2] لأن ذلك لا يخلو أن يكون معلقًا بأكثر منها فى العادة أو بأقصاه وكلا الأمرين باطل، وحديث ابن عمـر مختلف عليه فيه فروى أنه ﷺ رده فى [ثلاثة][3] عشرة سنة وأجازه فى أربع عشرة سنة[4]، ولأن ذلك يرجع إلى إطاقة القـتال لا إلى البلوغ.

فصل

البـالغ إذا ابتدئ الحـجر عليـه لم يحجـر عليـه إلا بحكم الحاكم خـلافًا لمحمـد بن الحسن[5]، لأنه أمر مختلف فيه محتاج إلى اجتهاد ونظر فى حاله واختبار لأمره فاحتيج فى قطعه وكونه بصفة من يلزمه الحجر إلى حكم الحاكم.

فصل

لا ينفك الحجر عن محجور عليه بحكـم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم لأنه محتاج إلى اختبار حاله وزوال المعنى الذى حجر عليه لأجله، وسواء فى ذلك الصبى والمجنون والبالغ والمفلس، والحجر ينفك عن البكر ببلوغها ودخول الزوج بها ومعها إيناس الرشد على ما بيناه.

فصل

إذا استدان السفيه بغير إذن وليه لم يلزمه بعد فك حجره وإذا استدان العبد بغير إذن سيده ثم أعتق أتبع به إلا أن يكون سـيده، والفرق أن المحجور عليه لسفهـه حجر عليه لحق نفســه، فلو كان الدين يلحقه لم ينفع الحـجر عليه شيـئًا، والعبد حجـر عليه لحق

(١) كذا بالأصل والصواب (خمس عشرة سنة).

(٢) روضة الطالبين (٤/١٧٩). حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/٣٣٦).

(٣) كذا بالأصل والصواب (ثلاث عشرة سنة).

(٤) أخـرجـه البـخارى: الشـهـادات (٥/٣٢٧) ح (٢٦٦٤) ، ومـسلم: الإمـارة (٣/ ١٤٩٠) ح (١٨٦٨/٩١).

(٥) قال الكاسانى: (وقال محمد: يتحجر بنفس السفه من غير الحاجة إلى حجر القاضى)، بدائع الصنائع (٧/١٦٩).

سيده فإذا أعتق زال حق السيد فأتبع به.

فصل

لولى المحجور عليه بالسفه أو الصغر أن يأذن له فى التجارة فى قدر من ماله يعينه ليختبره وينظر هل تغيرت حاله وهل قد صار موضعًا لتسليم ماله إليه، وما استدان من شيء وجب فى المال بيده لأن إذن الولى له فى التجارة به يقتضى حق من يستدينه لأنه داينه عليه ولا يلحق ذمته لبقاء الحجر فإن زاد الدين على قدر ما فى يده لم يتبع به[١].

فصل

يصدق الوصى على ما يذكره من نفقه اليتيم إذا أتى بما يشبه ذلك إذا كان فى منزله وحضانته[٢]، وإن لم يكن عنده وكان عند أم أو حاضنة يدفع الوصى إليهما نفقته فعليه أن يقيم البينة بما دفع إليهما، ونفقة الأيتام تختلف بحسب اختلاف أحوالهم وأموالهم فإن كان لليتيم مال واسع وقد ألف النعمة والتوسعة والرفاهة وسع عليه على قدر ماله فى إدامه وكسوته، وإن كانت أمه فقيرة فالنفقة لها فى مال ابنها ولا نفقة لها إن كانت موسرة إلا أن تكون هى حاضنته، ولأنها تتشاغل به عن أمورها وتستحق عليه أجرة ولا يوجد من يقوم بحضانته بغير أجرة فإنها تُعطى بقدر ما تستحقه من القيام عليه.

ولا بأس بتأديب اليتيم ويضربه بالرفق والمعروف إذا احتيج إلى ذلك لأن فيه مصلحة له وتأديبًا وحسن تربية، لأن ولاية الوصى على اليتيم كولاية الإمام على رعيته تؤدى إلى الحظ والصلاح له فى تأديبه، فأما خلط نفقة اليتيم بنفقة الوصى فجائز إذا عادت بالرفق [والتوفير][٣] على اليتيم فإن عادت برفق الوصى فلا يجوز، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح﴾ [البقرة: ٢٢٠].

فصل

التجارة فى مال اليتيم جائزة إذا كان فى ذلك حظًا له لقوله تعالى: ﴿قل إصلاح لهم

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٤).
(٢) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٤).
(٣) ثبت فى (ب) (والترفق).

خير﴾ [البقرة: ٢٢٠] ورورى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: اتَّجروا فى أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»[١] وقد ورد مرفوعًا[٢]، ولأن ذلك نظر له ومصلحة وتنمية لماله وتعريضًا للتثمير فيما أمكن من فعله به وكان فيه الحظ له جاز، وسواء كان بتجارة أو شراء ضيعة أو عقار ليستغل أو ما يراه الناظر له حظًا وصلاحًا، ولا ضمان على الوصى فى نقص إن حدث لأنه أمين.

فصل

إذا كان وصى اليتيم أو الأمين محتاجًا جاز أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجر مثله، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا يجوز له أخذ شىء من ماله[٣]، لقوله تعالى: ﴿فمن كان غنيًا فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء:٦]، وروى عن عائشة رضى الله عنها قالت رخص رسول الله ﷺ لولى اليتيم أن يأكل بالمعروف»[٤]، ولأنه ناظر فى مصلحة غيره وقيم عليه فجائز له أن يأخذ بقدر الحاجة، أصله الإمام.

فصل

إذا بلغ اليتيم فطالب الوصى بماله فزعم أنه قد دفعه إليه لم يقبل منه إلا ببينة، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن القول قوله مع يمينه، لقوله تعالى: ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم﴾ [النساء:٦] فأمر الولى بالتوثق لنفسه بالإشهاد عند تسليم الأمانة التى فى يده إلى غير من ائتمنه عليها فلولا أنه يضمن متى جحد وإلا لم يكن للأمر بالتوثق فائدة، ولأنه مأمور بدفع المال المؤتمن عليه إلى غير من ائتمنه عليه فوجب ألا يقبل قوله إلا ببينة مع الإنكار له، أصله المودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبى وقال: الأجنبى لم آخذ شيئًا.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ: الزكاة (١/ ٢٥١) ح (١٢).

(٢) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى الطبرانى فى الأوسط من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه، انظر نصب الراية (٢/ ٣٣٢).

(٣) قال فى الفتاوى: (والوصى مجرح فى عمل اليتيم استأجر دابة بمال اليتيم ليركب وينفق على نفسه من مال اليتيم كان له ذلك فيما لابد له استحسانًا وعن نصير رحمه الله تعالى: له ذلك وقال بعضهم لا يجوز له ذلك وهو القياس»، الفتاوى الهندية (٦/ ١٥٠)، الاختيار (١٣٧/٤).

(٤) أخرجه البخارى: التفسير (٨/ ٨٩) ح (٤٥٧٥) ومسلم:التفسير (٤/ ٢٣١٥) ح (١٠/ ٣٠١٩).

فصل

لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تأخذ شيئًا من مالها ولا تتصدق ولا تعتق ولا تخرجه في معاوضة أو مصلحة فيما زاد على الثلث إلا بإذن زوجها، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنه لا حق لزوجها في منعها[١]، لقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذن»[٢] وهذا نص، وقوله: «تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها. . .»[٣] وذلك يفيد أن للزوج حقًا في تبقية مالها بيدها، ولأن العادة جارية بأن الزوج يتجمل بمال زوجته وله فيه معونة وتبقية، ويبين ذلك أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب مالها وكثرته كما يقل ويكثر بحسب بروزها في الجمال، وإذا ثبت ذلك فليس لها إبطال غرض الزوج مما لأجله رغب في نكاحها وكمل لأجله صداقها.

فصل

إذا ثبت منعها من ذلك فإن زادت على الثلث: فقال مالك: رد جميعه لأنه من الضرر، وقال المغيرة: يجوز منه قدر الثلث [فلظنه الرواية اعتباراً بالمرض، وإنما أجزنا لها الثلث لأن][٤] الحديث مقيد في المنع بما زاد عليه، ولأن كل من منع من إخراج ماله على غير معاوضة لحق الغير الذي يعاوض عليه فإن المنع يتعلق بما زاد على الثلث، أصله المريض.

---

(١) قال ابن قدامة: «للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة وهذا إحدى الروايتين عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر»، انظر المغني (٥١٨/٤).

(٢) أخرجه أبو داود: البيوع (٢٩١/٣) ح (٣٥٤٦)، والنسائي: العمرى (٢٣٦/٦) ح (باب عطية المرأة بغير إذن زوجها)، وابن ماجه: الهبات (٧٩٨/٢) ح (٢٣٨٨) بنحوه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس[١] فإن الحاكم يحجر عليه خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: ليس له أن يحجر عليه بل يأخذه بقضاء الدين ويحبسه حتى يبيع ويقضى[٢]، لأنه ﷺ حجر على معاذ وقال لغرمائه: «خذوا ما معه ليس لكم غيره»، وقال الزهرى: أدان معاذ دينًا فباع رسول الله ﷺ ماله حتى قضى دينه[٣]، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: ألا أن أسيفع جهينة رضى لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج ثم أدان مقرضًا فمن كان له عليه شىء فليحضر فإنا نبيع ماله[٤]، ولا مخالف له فإذا ثبت استحقاق الحجر عليه فإن الحاكم يبيع ماله من عروض وعقار وحيوان وغير ذلك، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا يبيع عليه العقار[٥]، للأخبار التى رويناها وهى عامة، ولأن كل دين يباع فيه الذهب والفضة جاز أن يباع فيه العقار كنفقة الزوجات، واعتبارًا بموت المفلس إذا ادعى المديان الإفلاس ولا يعلم صدق مقولته من كذبه فإن الحاكم يحبسه ليتبين أمره، والأصل فى ذلك قوله ﷺ: «لَىُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[٦] والعقوبة ها هنا الحبس، وروى أنه ﷺ : «حبس فى تهمة»[٧]، وقد حبس كثير من الصدر الأول.

---

(١) قال الفيروزآبادى: (يقال أفلس إذا لم يبق له مال كأنما صارت دراهمه فلوسًا أو صار بحيث يقال ليس معه فلس وفلّسه القاضى تفليسًا حكم بإفلاسه). القاموس المحيط (٢/ ٢٣٨).
وفى الاصطلاح قال فى الحدود: (قال الشيخ رحمه الله التفليس أخصٌّ وأعمٌّ فالتفليس الأخص حده بقوله: «حكم الحاكم بخلع كل ما لمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه»، والأعم «قيام ذى دين على مدين ليس له ما يفى به. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤١٧).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٣١٩ـ ٣٢٠)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٢٩).

(٣) أصله عند مسلم بلفظ «خذوا ما وجدتم. وليس لكم إلا ذلك»، أخرجه مسلم: المساقاة (٣/ ١١٩١) ح (١٨/ ١٥٥٦)، وأبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٤) ح (٣٤٦٩)، والترمذى: الزكاة (٣/ ٣٥) ح (٦٥٥).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٨١) ح (١١٢٦٥).

(٥) الاختيار للموصلى (٢/ ١٢٩)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٢٠).

(٦) أخرجه أبو داود: الأقضية (٣/ ٣١٢) ح (٣٦٢٨)، والنسائى: البيوع (٧/ ٢٧٨) ح (باب مطل الغنى)، وابن ماجه: الصدقات (٢/ ٨١١) ح (٢٤٢٧).

(٧) أخرجه أبو داود: الأقضية (٣/ ٣١٣) ح (٣٦٣٠)، والترمذى: الديات (٤/ ٢٨) ح (١٤١٧)، وقال: حسن. والنسائى: السارق (٨/ ٥٩) (باب امتحان السارق بالضرب والحبس).

فصل

والحبس موكول إلى اجتهاد الحاكم على قدر ما يغلب فى ظنه من تهمة الغريم من غدره وإلطاطه[١] وتغيب ماله وليس بمقدر بمدة محصورة خلافًا لأبى حنيفة فى تقديره إلى شهرين أو ثلاثة[٢]، لأن الغرض هو اعتبار حاله وتبين إعساره من إيساره، والعلم بذلك ربما وقع فى المدة اليسيرة وربما وقع بالمدة الطويلة فوجب ألا يتقدر إلا بغلبة الظن.

فصل

إذا ثبت عسره خلى سبيله ولم يكن للغرماء أن يعرضوا له إلى يسره خلافًا لأبى حنيفة فى قوله لهم أن يلازموه لا على معنى أنهم يطلبونه ولكنهم يكونون معه يدورون حيث دار[٣]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] وذلك ينفى الملازمة لأنها فى معنى الحبس، وقوله ﷺ: فى رجل ابتاع تمرًا فأصيب به فقال عليه الصلاة والسلام: «تصدقوا عليه»، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال: خذوا ما معه ليس لكم غيره»[٤]، ولأن المعسر ليس لغرمائه مطالبته بالدين ومن لا تلزم مطالبته بالدين لم تجب ملازمته كالذى عليه دين مؤجل، لأن الحبس لما زال عنه لثبوت عسرته فكذلك الملازمة.

فصل

لا تجوز إجارة المفلس وإن كانت له صنعة يتكسب بها خلافًا لأحمد[٥] وغيره، لقوله

(١) يقال: لط أى جحد ولططت الشىء عنه جحدته، القاموس المحيط (٢/ ٣٨٣).

(٢) ليس هذا تحديدًا، بل يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلابد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره من شهرين أو ثلاثة، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر. قال الشيخ المرغينانى: والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه، انظر الهداية للمرغينانى (٣-٤/ ١١٦).

(٣) لقول النبى ﷺ: «لصاحب الحق يد ولسان»، أراد باليد الملازمة، وباللسان التقاضى، انظر الهداية للمرغينانى (٣-٤/ ٣٢١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال شيخ الإسلام موفق الدين: ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه =

تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولأنه ابتداء تملك فلا يجبر عليه كالهبة والوصية، يحبس فى الديون الثابتة كلها المعـارضة وغيرها لاستحقاق جميعها ووجوب المطالبة بها.

= مؤنته أو كـان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه أو يتـوكل لإنسان أو يكتسب من المباحات ما يكفيه لم يتـرك له من ماله شىء، انظر المغنى لموفق الدين (٤/٤٩٧)، وفيه دليل على جواز إجارته. والله أعلم.

باب

يحل الدين المؤجل بالموت خلافًا للحسن وغيره[1] لأنه لو لم يحل لم يخل أن يكون متعلقًا بذمة الميت وذلك باطل بخرابها أو بذمم الورثة وذلك غير جائز لأنه لا شيء يوجبه، ولا يلزم صاحب الدين الرضا بذمتهم وتسليم الشركة إليهم، ولأن الدين متقدم على الميراث أو ينتقل إلى التركة ويمنع من أخذه إلى حلول الأجل، فلا فائدة في ذلك ولا نفع للورثة، وإنما هو تعريض المال للتلف فقط، فلم يبق إلا حلوله وتسليمه إلى الغريم.

فصل

ويحل بالفلس خلافًا للشافعي[2]، لأن الفلس يوجب تفرقة المال بين غرمائه كالديون الحالة، ولأنه معنى يوجب تعلق الديون التي في الذمة بأعيان الأموال كالموت.

فصل

والديون التي للميت أو المفلس لا تحل بل تبقى إلى أجلها، لأن محالها المتعلقة بها لم تبطل ولم تغب، وإنما حلت الديون التي عليه لبطلان محلها وغيبته.

فصل

ومن باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع ثمنها فالبائع إن وجدها لم تفت مخير بين أن يأخذها بالثمن الذي باعها به، وبين تركها ومحاصة الغرماء، وإن كان قبض بعض ثمنها فله الخيار بين رد ما أخذ والرجوع بها، أو التمسك بها والحصاص بما بقي، ولو مات المشتري لم يكن للبائع أخذ السلعة.

---

(١) وهو رواية للإمام أحمد، وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن، وإسحاق، وأبي عبيد وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهري وسعيد بن إبراهيم: الدين إلى أجله، وحكى ذلك عن الحسن، انظر المغني لموفق الدين (٤/ ٤٨٥-٤٨٦).

(٢) أي: على المشهور، لأن الأصل حق مقصود له فلا يفوت. وله قول كالمالكية، انظر روضة الطالبين (٤/ ١٢٨).

فصل

وإنما قلنا إنه أحق بعين ماله فى الفلس خلافًا لأبى حنيفة[١]، لقوله ﷺ: «أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به»[٢]، ولأن فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقائه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ، أصله قبل القبض.

فصل

وإنما قلنا: إنه له تركها أو المحاصة لأن أخذها حق له غير مستحق عليه فإذا لم يختر لم يجبر عليه، وإنما قلنا: له أخذها وإن قبض بعض الثمن إذا رد ما قبضه خلافًا للشافعى[٣]، لعموم الخبر، ولأن الرجوع بسلعته إذا لم يقبض شيئًا من الثمن إنما وجب له لقوة سببه بوجود عين ماله وذلك يستوى فيه الفلس بجميع الثمن أو ببعضه.

وإنما قلنا إنه يكون فى موت المشترى أسوة الغرماء خلافًا للشافعى[٤]، لقوله ﷺ: «فإن مات فالبائع أسوة الغرماء»[٥] ففرق بين الموت والفلس، ولأن حظ البائع تقديمه على غيره من الغرماء لا إسقاط الغرماء واستبداده، والفرق بين الفلس والموت أن فى الفلس الذمة باقية يرجع الغرماء إليها ومع الموت تبطل الذمة فيكون ذلك إسقاطًا لباقى الغرماء.

فصل

إذا جمع الحاكم مال المفلس ليبيعه لغرمائه فتلف قبل بيعه فالتلف من المفلس وديون الغرماء ثابتة [لأن تلفه][٦] كان على ملك المفلس قبل انتقاله إلى ملك الغرماء، ولا شىء

---

(١) وعنده يكون المبيع أسوة للغرماء فيه، انظر الهداية للمرغينانى (٣ـ٤/ ٣٢٢).

(٢) أخرجه البخارى: الاستقراض (٥/ ٧٦) ح (٢٤٠٢)، ومسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٣) ح (١٥٥٩/٢٢).

(٣) نعم، فمذهبنا نحن الشافعية أنه يرجع بحصة ما بقى من الثمن، لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن رجع فى بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن، انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٢٣).

(٤) نعم، فعندنا يسترجع البائع ماله، انظر، الحاوى للماوردى (٦/ ٢٧٣).

(٥) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٥) ح (٣٥٢٠)، وابن ماجه: الأحكام (٢/ ٧٩١) ح (٢٣٦١) بنحوه، ومالك فى الموطأ: البيوع (٢/ ٦٧٨) ح (٨٧) مرسل.

(٦) سقط من (أ).

على الحاكم لأنه أمين، فإن باعه الحاكم [كان قابضًا] لهم وقد برىء المفلس منه.

وقال محمد بن عبد الحكم: الضمان من المفلس حتى يقبضه الغرماء لأن الغرماء إنما يضمنونه بالقبض دون البيع[١]، والأول أصح[٢]؛ وفرق عبد الملك بين أنواع المال فقال: إن كان ذهبًا أو ورقًا ودينه من جنسه فالتلف بعد جمعه من الغرماء لأنه لم يبق إلا تسليمه إليهم وقبض الحاكم هو قبض لهم فضمان الذهب ممن دينه ذهب وضمان الورق ممن دينه ورق، وإن كان عروضًا فتلفها من المفلس لأن الغرماء يستحقون أثمانها دون أعيانها[٣].

فصل

الصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فهم أحق بها فى ديونهم إذا كانوا قد عملوها فى الموت والفلس لقبضهم إياها وحوزهم لها كالرهن، وكذلك لو استأجر أرضًا يزرعها ثم مات أو أفلس قبل قبض الأجرة فربها أحق بالزرع، وكذلك لو استأجر دارًا للسكنى ولم ينقد أجرتها وسكنها بعض السنة ثم أفلس فربها أحق بما بقى من مدة الإجارة ويحاص الغرماء بما مضى من السكنى، وكذلك ما يرد من مسائل هذا الباب.

---

(١) ورواه أشهب عن الإمام مالك، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٢٨).

(٢) وهو ظاهر كلام ابن عبد البر، انظر الكافى (٢/ ٨٢٨).

(٣) وقال ابن القاسم: إذا أفلس الرجل وخلع من ماله لغرمائه، وجمع ليباع للغرماء وحال الحاكم بينه وبينه، فما تلف من المال فمصيبته من الغرماء لأنه قد وجب لهم. قال ابن عبد البر: ولم يفرق بين الثمن وغيره من ماله، انظر الكافى (٢/ ٨٢٨).

باب

إذا اتجر العبد فأدان بغير إذن سيده فللسيد فسخ الدين عنه بما له كسبه وله انتزاع ماله فليس لغرمائه إتلاف ماله على سيده واستبدادهم به، فإن أعتق العبد اتبعه الغرماء لزوال حق السيد عنه بعد عتقه، وله أن يسقط الدين عنه لأن تبقيته عليه يعيبه إذا أراد بيعه والذى دانه هو الذى عرض ماله للتلف فإذا أسقطه عنه لم يتبعه الغرماء بعد العتق.

فصل

إذا أذن له فى التجارة جار: فإن أفلس فدينه فى ذمته وفى ماله الذى فى يديه لأن الغرماء داينوه على ماله وذمته[1]، ولأن السيد لما أذن له فى التجارة كان ذلك رضا منه بتعلق الديون بماله وذمته، وليس لسيده انتزاع ماله لأن غرماء العبد أولى بماله من سيده لأنهم داينوه على ماله، ولأن بمنزلة عين مالهم ولو أفلس السيد كان غرماء العبد أولى بمال العبد من غرماء السيد، وغرماء السيد أولى برقبة العبد لأن رقبة العبد ملك لسيده لا حق فيها لغرماء العبد، وإذا داين السيد عبده كان كأحد الغرماء يقاص بدينه كما يقاص سائر الغرماء[2].

فصل

ليس لغرماء العبد المأذون سبيل على رقبته ولا على مال سيده[3]، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن لهم بيعه[4]، ولأن الدين الحاصل عن مراضاة لا يتعلق بالرقبة وإنما يتعلق

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٠).

(٢) وذلك بأن باع منه سيده بيعًا يشبه بياعات الناس، وقامت بذلك بينة فيضرب مع الغرماء بدينه. لكن لا يحاص السيد غرماؤه بشيء مما استأجره به، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٠).

(٣) إلا أن يضمن شيئًا عنه، فيؤخذ به، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٣٠).

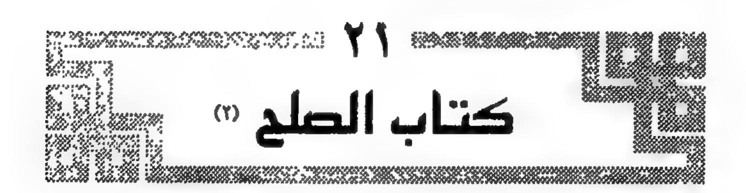
(٤) ووجهه، أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى، فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك، والجامع دفع الضرر عن الناس، وهذا لأن سببه التجارة وهى داخلة تحت الإذن، وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضًا للمولى، وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه، وتعلقه بالكسب لا ينافى تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما =

بالمال أو بالذمة كالحر إذا داين ثم أفلس فإن رقبته لا تباع ولا تؤاجر، ولأن الغرماء إنما يداينون على مال العبد لا على مال غيره ورقبته ليست بمال له، وإنما قلنا إنه لا سبيل لهم على السيد لأن السيد إنما أذن له فى التجارة بالمال المدفوع إليه دون غيره إلا أن يضمن السيد عنه فليزمه الضمان.

* * *

= غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة، انظر الهداية للمرغينانى (٣ـ٤/٣٢٨).

[بسم الله الرحمن الرحيم](١)



٢١ كتاب الصلح (٢)

الأصل فى جواز الصلح قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء:١٢٨]، وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً»(٣)، ولأن فيه قطعًا للخصومة وداعيًا إلى التواصل والألفة.

فصل

وهو عندنا جائز على الإقرار والإنكار خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يجوز مع الإنكار(٤)، لقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً»(٥) فعم، ولأنها دعوى ما لم يحكم ببطلانها فجاز الصلح معها، أصله مع الإقرار، ولأنها أحد حالى المنكر كالإقرار، ولأن كل صلح جاز مع الإقرار جاز مع الإنكار، أصله الإبراء، ونفرض الكلام فى أن افتداء اليمين جائز وهو أن يلزم أحد المتداعيين اليمين فيبذل المدعى عليه للمدعى شيئًا على ألا يحلفه.

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) الصلح بالضم السلم والصلاح ضد الفساد، القاموس المحيط (١/ ٢٣٥)، وهو «انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٢١).

(٣) أخرجه أبو داود: الأقضية (٣/ ٣٠٢) ح (٣٥٩٤)، عن أبى هريرة رضى الله عنه، والترمذى: الأحكام (٣/ ٦٢٥) ح (١٣٥٢)، وابن ماجه: الأحكام (٢/ ٧٨٨) ح (٢٣٥٣)، من حديث عمرو بن عوف عن أبيه عن جده ـ به. وقال الترمذى: حسن صحيح.

(٤) قال الإمام الشافعى: (وإذا كان المدعى عليه ينكر فالصلح باطل وهما على أصل حقهما)، الأم للشافعى (٣/ ١٩٧)، روضة الطالبين (٤/ ١٩٨).

(٥) تقدم تخريجه.

والدليل على جواز ذلك أنه مروى عن عثمان وابن مسعود[١] ولا مخالف لهما، ولأن المدعى عليه لا يخلو أن يكون محقًا فى إنكاره أو مبطلاً فإن كان مبطلاً فقد أحسن إذ لم يحلف على باطل ودفع الحق، وإن كان محقًا فقد دفع عن نفسه شر المدعى وتبذيله إياه ونزّه نفسه عن اليمين التى تثقل على أهل المروءات والدين وتستبق الظنة إلى المقدم عليها.

فصل

الصلح على ضربين: منه معاوضة كالبيع فهذا حكمه حكم البيع يدخله من الجواز والمنع ما يدخل البيع، ومنه إسقاط وإبراء[٢].

فأما القسم الأول: فهو أن يدعى على غيره شيئًا ثم يبيعه منه فلا يجوز إلا فى معلوم ولا يجوز أن يفسخ فى دين إذا كان المدعى دينًا، ولا فى طعام قبل قبضه، ولا عن دعوى فى جنس باثنين من جنسه إلى أجل، ولا عن مجهول ولا غرر، ولا على ضعف وتعجل قبل حلول الأجل، وجملته أنه يمتنع فيه ما يمتنع فى البيع.

فأما القسم الثانى: فهو وضع بعض الحق المدعى وإبراء منه مثل أن يكون على رجل مال حال فيصالحه على بعضه وإسقاط باقيه، وإن كان مؤجلاً فلا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل بعضه وإسقاط باقيه ويجوز أن يصالحه عن ذهب له على ورق يأخذها منه نقدًا، وعلى ذهب عن ورق لا يجوز الرجوع بها لأن ذمة الغريم قد برئت[٣].

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٩٧) ح (٢٠٦٩٨).
(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٧٩).
(٣) المدونة الكبرى (٣/ ٣٤٥).

باب

ومن أحيا أرضًا ميتة[١] غير مملوكة لمسلم[٢] ولا ذمي بالوجه الذى يكون إحياء لمثلها من بناء أو حفر بئر و جصها أو غرس أو غير ذلك من وجوه الإحياء وأنواع العمارة فهى له إذا كانت فى فيافى[٣] الأرض وفلواتها[٤] بعيدة من العمران والمواضع التى لا يتشاح الناس فيها من غير حاجة إلى استئذان الإمام، وأما إن كانت بقرب العمران فى حيث يتشاح الناس فلا يجوز إلا بإذن الإمام، والأصل فى جواز الأحياء قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له»[٥] وهذا نص، وإنما لم نشترط إذن الإمام فيما بعد عن العمران خلافًا لأبى حنيفة[٦]، لهذا الخبر وهو عام، ولقوله ﷺ: «من أحاط على أرض فهى له»[٧]، ولأنه ليس فى ذلك إتلاف حق غيره ولا ما يؤدى إلى التخاصم والعداوة فكان مملك بالإحياء مباحًا كتمليك الحشيش والصيد بالأخذ، وإنما شرطنا إذن الإمام فيما قرب من العمران خلافًا للشافعى[٨]، لأن ما قرب من البلد فى حكم فنائه فالانتفاع به مشترك بين أهل البلد من الاحتطاب فيه والاصطياد والرعى وغير ذلك من وجوه الإرفاق فلو أُجيز لكل واحد اقتطاعه لأضر ذلك بأهل البلد فلم يكن بد من نظر الإمام ليكون كالحكم لمن يحييه، فإذا أحيا أرضًا ثم خربت ودثرت وعادت إلى ما كانت عليه ثم أحياها آخر بعده فهى للثانى دون الأول بناء على الصيد إذا أفلت وعاد إلى الاستيحاش ولحق وطال زمانه وقد بيناه.

---

(١) قال فى الرصاع: (لقب لتعمير الأرض بما يقتضى عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٣٥).

(٢) ثبت فى (ب) (لم تكن لمسلم مملوكة).

(٣) الفيافى: جمع فيف، المكان المستوى أو المفازة لا ماء فيها، القاموس المحيط (٣/ ١٨٢).

(٤) الفلاة: القفر أو المفازة لا ماء فيها، القاموس المحيط (٤/ ٣٧٥).

(٥) أخرجه أبو داود: الإمارة (٣/ ١٧٤) ح (٣٠٧٣)، والترمذى: الأحكام (٣/ ٦٥٣) ح (١٣٧٨) وقال: حسن غريب.

(٦) انظر الهداية للمرغينانى (٤/ ٤٣٥)، الاختيار للموصلى (٢/ ٣٢٦).

(٧) أخرجه أبو داود: الإمارة (٣/ ١٧٥) ح (٣٠٧٧)، وأحمد: المسند (٥/ ١٧) ح (٢٠١٥١)، انظر تلخيص الحبير (٣/ ٧١) ح (٣).

(٨) المهذب للشيرازى (١/ ٤٢٣)، روضة الطالبين (٥/ ٢٧٨).

فصل

حريم البئر[١] ليس فيه حد إلا الاجتهاد وما يعلم أنه لا يضر بالبئر الأول، وذلك يختلف باختلاف الأراضى والمواضع من الصلابة والرخاوة: فما علم أنه لا يضر بما تقدمه جاز، وما علم فيه ضرر منع، وذلك فى الآبار التى تحفر فى الصحارى والفلوات للماشية، فأما إذا أراد أن يحفر بئرًا فى ملكه بقرب من بئر جاره ويخاف منه الإضرار بها فإن كان له مندوحة عنه وسعة فليس له ذلك لأن قصده حينئذ الإضرار بجاره من غير ضرورة فلا يترك فى ذلك، والأخرى أنه يجوز له فعله.

فوجه الأولى: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٢]، واعتبارًا به إذا كانت له مندوحة عنه، ولأن الضررين إذا تقابلا فالأول أولى بالمراعاة لفضل السبق، ووجه الثانية: أن للإنسان أن يتصرف فى ملكه بما يحتاج إليه من وجوه التصرف، ولا يجب أن يمنع لحق الغير لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ولا أن يراعى فضل السبق لأن الأول قد عرض تصرفه للبطلان إذا علم أن لجاره أن يتصرف فى ملكه.

فصل

الآبار المحتفرة فى البرارى وحيث لا ملك لأحد عليها ليس لأحد أن يمنع فضل مائها[٣]، لأن الناس كلهم شركاء فيها، ولقوله ﷺ: «الناس شركاء فى ثلاث: فذكر الماء والكلأ...»[٤] وإن كان هو الذى حفرها فى ذلك الموضع فليس له منع فضلها، فالذى يحتاج إليه أولى فإذا استغنى وحصل له قدر كفايته كان ما بقى للمسلمين ولم يكن له منع الفضل خلافًا لمن جعل له ذلك: لأن آبار الماشية التى تحفر فى البرارى إنما تحفر للسبيل ولينتفع بها الحافر وغيره ولا تُحفر للتمليك والإحياء، ولأنه ليس لأحد أن يحيى فى المواضع التى يتشاح الناس فيه بغير إذن الإمام لقوله ﷺ: «لا حمى إلا لله ولرسوله»[٥]، وإذا منع الماء الفاضل عن قدر حاجته كان ذلك منعًا من الرعى لأن أحدًا

---

(١) حريم البئر وغيرها: ما حولها من مرافقها، المطلع (ص ٣٨١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٣٧٤).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٧٦) ح (٣٤٧٧)، وابن ماجه: الرهون (٢/ ٨٢٦) ح (٢٤٧٢)، وانظر تلخيص الحبير. (٣/ ٧٤) ح (١٧).

(٥) أخرجه البخارى: المساقاة (٥/ ٥٤) ح (٢٣٧٠)، وأبو داود: الإمارة (٣/ ١٧٧) ح (٣٠٨٣).

لا يرعى إلا على ماء، فإذا ثبت ذلك فليس له أخذ عوض عليه لأن حفرها على وجه السبيل على ما بيناه لأن الموضع ليس بملك له ولا حفرها على وجه الإحياء فتكون ملكًا له، فإذا ثبت هذا فإنما يلزمه بذل ما زاد على قدر كفايته ويكون أحق بما يحتاج إليه منه لأنه إنما حفرها هو ليختص هو بمنفعتها أو قدر ما يحتاج إليه منها، ولأنه ﷺ نهى عن منع فضل الماء[1]، وذلك عما زاد على قدر الكفاية، فأما إن حفر بئرًا على وجه التملك والإحياء ليبنى ويغرس فى ذلك الموضع فله منع ما فضل من مائها لأن المكان يملك بالإحياء بئرًا فى أرضه أو داره فإن البئر ملكه لأنه أحدثها فى ملكه، وكذلك إذا ابتاع الدار والأرض وفيها البئر فإن البئر مع الأرض ملكًا له فالماء الذى فيها ملكه فله منعه إلا بعوض كسائر أملاكه إلا أن تنهدم بئر جاره وله زرع يخاف عليه التلف فإنه يلزمه أن يبذل له فضل مائه ليحيى به زرعه ويجبر على ذلك لأن فيه إحياء زرع وإعانته من حيث لا ضرر عليه ببذله كما لزمه لشربه إذا اضطر إليه، ويقال لصاحب الزرع: خذ أنت فى إصلاح بئرك وهذا إذا كان صاحب الزرع قد زرع على أصل ماء ثم اضطر بأن انهارت بئره وانقطع ماؤه، وأما إن كان ابتداء الزرع على غير ماء اتكالاً على جاره فإن لجاره أن يمنعه لأن الماء ملك له فلا يلزمه بذله إلا إذا شاء ما لم تكن ضرورة وها هنا لا ضرورة لأن الزارع هو الذى أتلف زرع نفسه حين زرع على غير ماء، وكذلك إذا زرع على ماء فانقطع، وإنما قلنا: إن على جاره أن يمكنه من فضل مائة وأن ذلك يلزمه ويتشاغل هو بإصلاح بئره، فأما إن ترك التشاغل بإصلاح بئره اتكالاً على بئر جاره لم يلزم جاره فضل الماء لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء، وقد اختلف أصحابنا فيه إذا أجبرناه على بذل الماء لجاره عند انقطاع مائه هل له مطالبته بعوض أم لا: فإذا قلنا ليس له فلأن ذلك حق على الجار على طريق الإعانة مع كون أصله مباحًا كما لو احتاج إليه للشرب وإذا قلنا: إن له منعه فلأن وجوب البدل لا يتضمن الإتلاف اعتبارًا بالعلم.

فصل

وينبغى لمن سأله جاره أن يغرز خشبة فى جداره أن يجيبه إلى ذلك ولا يمنعه، فإن أبى لم يجبر عليه، وإنما استحببناه له لقوله ﷺ: «لا يمنعن أحدكم أخاه أن يضع خشبة على جداره»[2]، ولأن فى ذلك رفقًا بالجار ومعونة له وهو من مكارم الأخلاق ومعالى

(١) أخرجه البخارى: المساقاة (٥/ ٣٩) ح (٢٣٥٣) ومسلم: المساقاة (٣/ ١١٩٨) ح (٣٦/ ١٥٦٦).
(٢) أخرجه البخارى: المظالم (٥/ ١٣١) ح(٢٤٦٣) ومسلم: المساقاة (٣/ ١٢٣٠) ح (١٣٦/ ١٦٠٩).

الأمور مع الوصيـة بالجار وحسن المجاورة، وإنما قلنا: لا يقـضى بذلك عليه خلافًا لمن أوجبه، لقوله ﷺ: «لا يحل مـال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[1] ولأن الحائط ملك له فلم يكن عليه بذله لغيره ليتصرف فيه كما لو أراد أن يفتح فيه بابًا أو كوة.

فصل

وإذا أذن له فى ذلك ثم طالبه بقلعه: فإن كان لحاجته إلى بناء جداره أو لأمر لابد له منه كان له ذلك لأنه لم يكلف من حق الجار ما يضر نفسه كما لا يكلف بذل مائه لزرع جاره وهو محتاج إليه، وإن لم يكن بـه ضرورة إليه وإنما أراد الإضرار بجاره وأذيته لم يمكن من ذلك، ويفارق حال الابتداء لأنه إذا لم يأذن فـى الابتداء فلم يتعلق عليه حق فإذا أذن فقد ضمن تبقية ما أذن فيه على الوجه الذى يؤدى إلى مثله فى العادة فليس له الرجوع فيه.

فصل

إذا ما أراد الرجل أن يفتح فى جداره المنفرد بملكه كوة[2] ليضىء منها منزله فله ذلك لأنه به حاجة إلى ذلك وليس لجاره منعه مما يحتاج إليه ولا يضر به، فأما إن كان يتشرف منها على جاره فيمنع منه لأن فى ذلك إضرار بالجار، ولأن الحائط وإن كان ملكه فليس له أن يفعل فيه ما يضر بالغير ابتداء مما لا ضرورة فيه.

فصل

علو الدار التى بين اثنين مملوك سـقفه لصاحب الدار لأن عليـه إصلاحه ورم شعـثه وبناؤه إن انهدم ولصاحب العلو حق الجلوس عليـه، وإنما قلنا: إن عمارته على صاحب السـفل لأن السقف ملك له وحق الأعلـى فيـما زاد عليـه لأن البيت لا يكون بيـتًا إلا بسـقفه فـى العادة، وإذا ثبت ذلك لزم لصـاحب السفل من الانتـفاع ورم الشـعث من السقف أجبر على ذلك أو على البيع ممن يبنى وإلا أدى إلى إبطال ملك الأعلى.

---

(١) أخرجه الدارقطنى: سننه (٣/ ٢٦) ح (٩٢)؛ والبـيهقى فى الكبرى (٦/ ١٦٦)، ح (١١٥٤٥)، وانظر تلخيص الحبير (٣/ ٥٢) ح (٤).

(٢) الكوة: الخرق فى الحائط، القاموس المحيط (٤/ ٣٨٤).

فصل

وإن تنازعا السقف حكم به لصاحب السفل خلافًا للشافعي في قوله: إنه يكون بينهما[١]، لأن السقف محمول على ملك صاحب السفل غير متيقن ملكه لغيره فإذا تنازعا عليه حكم به لمن هو على ملكه كالحمل على الدابة يدعيه مالك الدابة وأجنبي، ولأن العرف جار بأن البيت إنما يكون بيتًا بسقفه وأن الناس لا يسكنوه إلا مسقفًا، والحكم عند التنازع لمن شهد له العرف، ولأنه لو باع بيتًا لدخل سقفه في البيع بالإطلاق فعلم أنه منه وكذلك إذا قُسم بأنه يقسم سقفه.

فصل

إذا تنازعا حائطًا بين دارين حكم به لمن يشهد له العرف بأن يكون قد فعل فيه ما يفعل الملاك في أملاكهم ويتصرفون غالبًا فيه من الرباط ومعاقد القمط[٢] ووجوه الآجر واللبن وما أشبه ذلك، وقال الشافعي: لا يحكم بشيء من ذلك بل يكون بينهما[٣]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأمر بالعرف﴾ [الأعراف:١٩٩]، وروى أن رجلين تنازعا جدارًا فحكم رسول الله ﷺ بالجدار لمن إليه معاقد القمط[٤] ولأن العادة أن مثل هذا التصرف إنما يكون من الملاك فوجب أن يكون الحكم لمن شهد له العرف، وكما يجب مثل ذلك إذا تنازعا في النقد أو صفة السير أو مقدار الحمولة.

فصل

الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئًا إلا بإذن

(١) قال الشيرازي: (وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما)، المهذب (١/ ٣٣٧)، الأم للشافعي (٣/ ٢٠١).

(٢) معاقد القمط: المعاقد واحدها معقد بكسر القاف على أنه موضع العقد وبفتحها على أنه العقد نفسه والقمط بكسر القاف: ما يشد به الأخصاص قاله الجوهري، وحكى العدوي في «الغريبين» أنه «القمط» بوزن عنق جمع قماط: وهي الشرط التي يشد بها الخص ويوثق فيه من ليف أو خوص أو غيرهما، المطلع (ص/ ٢٠٤).

(٣) ذكره الإمام الشافعي في الأم (٣/ ٢٠٠).

(٤) أخرجه ابن ماجه في الأحكام (٢/ ٧٨٥) ح (٢٣٤٣)، وفي الزوائد: نمران بن جارية. ذكره ابن حبان في الثقات، وقال ابن القطان: حاله مجهول وقال السندي: دهثم بن قران تركوه، وشذ ابن حبان في ذكره في الثقات، والقِمْطُ: تقدم تفسيره، والله أعلم.

شريكه، لأنه ليس لأحد أن يتصرف فى ملك غيره بغير إذنه وحقه غير متميز من حق الشريك فكان كالثوب والعبد، فإن انهدم وكان يستره لهما فأراد أحدهما بناؤه وأبى الآخر ففيها روايتان: إحداهما إجبار الممتنع، والأخرى نفى إجباره، فوجه إثباته قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[١] وفى ترك البناء بالشريك لأنه يطلع عليه ويتشرف على منزله، ولأنه لو أراد أن يفتح كوة ويشرف منها عليه لم يكن له ذلك وهذا بمنزلته، ووجه نفيه: أن أحداً لا يجبر على البناء فى حقه كما لو انفرد به وليس إذا تعلق بذلك حق الشريك يوجب إجبار الشريك الآخر عليه لأن حق الشريك هو منع هذا من الاطلاع عليه فأما فى وجوب البناء فلا، وإذا ثبت أنه لا يجبر فإنهما يقتسمان العرصة[٢] ثم يبنى من يشاء منهما لنفسه، والبئر بين اثنين إذا غارت فإصلاحها عليهما فإن أبى أحدهما فإنما يتخرج على روايتين كالجدار.

فصل

من له مسيل ماء على سطح لرجل فالنفقة للسطح على مالكه دون من له حق المسيل، ومن له شرب فى بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة فهى عليهما جميعاً[٣]، قال: والفرق أن صاحب المسيل له حق مرور الماء على [السطح فعلى صاحب][٤] السطح تمكينه من ذلك وليس له ملك فى السطح فلم تلزمه نفقة عليه، وليس كذلك صاحب الشرب لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الإنفاق على الساقية معه.

فصل

إذا خيف على المركب الغرق فطرح بعض ما فيه من المتاع بإذن أربابه أو بغير إذنهم فإنه يكون منهم على قدر أموالهم، ولا يجوز لأحد الامتناع من طرح متاعه إن احتيج تخفيف المركب ورجيت بذلك نجاته لأن فى الامتناع من ذلك تلفه وتلف غيره وسواء طرح الرجل متاعه بنفسه أو طرحه غيره الحكم فيه سواء، ولا فرق بين إذنه وعدم إذنه فيما يلزمه فعله لأن الطارح فعل ما يلزمه هذا فعله فكان كالنائب عنه، وإنما قلنا إنه

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) العرصة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، القاموس المحيط (٢/٣٠٧).

(٣) المدونة الكبرى (٤/٣٧٥).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

يكون بينهم على قدر أموالهم لأن الحق فى ذلك لجميعهم، ولأن غرق المركب إنما خيف لأجل متاعهم فكانوا شركاء فيما [يحتاج][١] إليه من التخفيف، وقد اختلف فى اعتبار القيمة: فقيل يكون فى وقت الطرح لأن سائر المتلفات تقوَّم حال الإتلاف فى المواضع التى يتعلق بها الضمان، وقيل فى أقرب المواضع إليه لأنه فى البحر لا قيمة له لأنه لا يساوى شيئًا وهو يطرح فى الماء ويتلف كما لا يقوم المرتد وقت قتله، وقيل الثمن الذى اشترى به لأنه ليس ما [يرتجع][٢] إليه سواه إذ هو أولى من أقرب المواضع إلى موضع الغرق، ولا يلزم عمال المركب شيء لأنه لم يكن الخوف لأجلهم.

فصل

إذا اصطدم مركبان فى جريهما فانكسر أحدهما فلا ضمان على الآخر لأنه لا صنع له فى ذلك بخلاف الراكبين على فرسين لأن التفريط من قبل الصادم إذ هو قادر على ضبط الفرس وعلاجه وإلا فكان يجب ألا يركب فرسًا لا يضبط لئلا يجنى على غيره.

(١) ثبت فى (أ) (يحتاجوا).
(٢) ثبت فى (ب) (ما يرجع).

باب: الوديعة [١]

الأصل في الوديعة قوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء:٥٨]، وقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[٢] ولأن عمل المسلمين جارٍ بها منذ عهد النبي ﷺ إلى يومنا، وهي أمانة محضة، ولا يضمنها المودع لأن قبضها ينفع صاحبها على التجريد: فإن ادعى أنها تلفت فالقول قوله فيها لأن يده عليها يد أمانة، وسواء كان متهمًا أو غير متهم لأن ربها رضي بأمانته سواء قبضها ببينة أو بغير بينة.

فصل

فإن ادعى ردها على مالكها فذلك على وجهين: إن قبضها بغير بينة فالقول قوله في ردها كالتلف، وإن كان قبضها ببينة لم تقبل منه إلا ببينة، خلافًا للشافعي[٣]، لأن رب المال لم يرض بأمانته على التجريد وإنما رضي بها في الحفظ دون القبض لأنه توثق منه بما أشهد عليه [حين قبضها فوجب الضمان وإلا لم ينتفع بالإشهاد بها، ولا يلزم عليه][٤] التلف لأنه لا يمكن الإشهاد عليه.

مسألة

إذا عرض للمودع سفر لم يجز له أن يسافر بالوديعة، فإن سافر بها ضمن إن تلفت كان السفر آمنًا أو مخوفًا، خلافًا لأبي حنيفة في تضمينه مع الخوف، لما روى «أن المسافر عن نفسه وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى»[٦] يعني الهلاك، ولأن السفر

---

(١) الوديعة في اللغة: من دع الشيء أي استحفظه عند غيره، القاموس المحيط (٣/ ٩٢)، وفي الاصطلاح: «هي مال موكل على حفظه»، بلغة السالك على الشرح الصغير (٢/ ٧٥٢).

(٢) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٨٨) ح (٣٥٣٤-٣٥٣٥)، والترمذي: البيوع (٣/ ٥٥٥) ح (١٢٦٤)، وقال: حسن غريب، وانظر تلخيص الحبير (٢/ ١١٢) ح (١).

(٣) لأنه جعل القول قول المودع عنده مع يمينه في جميع الأحوال، انظر المهذب للشيرازي (١/ ٣٦٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣٤٦).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) انظر الاختيار للموصلي (٢/ ٢٧٢)، الهداية للمرغيناني (٣/ ٢٤٢).

(٦) ذكره الحافظ ابن حجر وقال: رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري، انظر تلخيص الحبير (٣/ ١١٣) ح (٥).

غرر ولم يأذن له صاحبها بالتغرير بها، واعتباراً بالسفر المخوف.

فصل

إذا ثبت أنه لا يسافر بها فإنه يودعها ثقة ولا ضمان على واحد منهما لأنه لا يمكنه حفظها بآكد من هذا الوجه.

فصل

إذا استودعها من غير عذر ضمن لأن مالكها رضى بأمانته دون أمانة غيره، ولم يأذن له فى دفعها إلى غيره فكان متعديًا بذلك فلزمه الضمان، ويفارق ذلك حاجته إلى السفر لأن هناك ضرورة داعية إلى ما فعله، وكذلك إذا خاف عورة منزله فله أن يودعها غيره ولا ضمان عليه لأن ذلك يجرى مجرى إرادة السفر ولكن لا يصدق على الخوف على منزله إلا بأمر يظهر يعلم صدقه فيه.

فصل

إذا دفع إليه مالاً فى السفر يحمله إلى بلد فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان[1]، والفرق بينه وبين مبتدئ السفر أن هذا قد أذن له فى السفر به إلى ذلك البلد فلم يتعد بدفعها إلى غيره مع الضرورة والحاضر يخالفه.

فصل

إذا أنفق بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق دون جميعها، وإن أنفق الكل أو البعض ثم رد ما أنفق فلا ضمان عليه خلافًا لعبد الملك فى إلزامه الضمان لأن الذى أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ فإذا ردها فقد زال التعدى فسقط الضمان، ولأنه حافظ لها على الوجه الذى أمر به فلم يلزمه ضمان كالابتداء، ووجه قول عبد الملك: أنه قد خرج عن الأمانة وصار متعديًا بأخذها فرده إياها لا يزيل عنه الضمان كما لو جحدها ثم اعترف بها.

فصل

وسقوط الضمان بالرد فيما له مثل كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل ما يكال

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٠١).

أو يوزن، فأما فيـما يلزم فيه القيمة فـلا يسقط عنه الضمان[١] لأن القيمة مـحتاجة إلى اجتهاد وحكم فلا يقبل حكمه لنفسه، والمثل لا اجتهاد فيه.

فصل

وفي قبول قوله: إنه رد ما أخـذ أو مثله من غير بينة روايتان[٢]، فإذا قلنا: إنه يقبل فـلأنه موكـول إلى أمانتـه كادعـائه التلف أو الرد، ولأنه منفق لهـا على وجه التـأويل واعتقـاد ردها فلم يخرجه ذلك عن الأمانة، وإذا قلنا: إنه لا يقـبل فلأن الدين المتعلق بالذمة لا يبرأ المقر به منه إلا ببينة أو بإقرار الغريم اعتباراً بسائر الديون.

مسألة

يكره أن يتجر بالوديعة لأن صاحـبها إنما دفعها إليه ليحفظهـا عليه لا لينتفع بها، وإن فعل فعليه الضمان وله الـربح، ومن أبضع معه بضاعة ليشترى بها شيئًا فـاتجر فيها فإن تلفت ضمن وإن ربح فـالربح للمالك بخلاف الوديعـة لأن المبضع طالب التنمى والربح فليس لمبضع معه قطعه عـنه ونقله إلى ملكه، وإن تلف المال ضمن بتعديه، والمودع إنما قصد الحفظ فقط فلم يكن له من الربح شيء[٣].

(١) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠١).

(٢) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٣٥٣).

(٣) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠٤).

باب: العارية (١)

العاريّة: تمليك منافع العين بغير عوض، وهى جائزة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾ [الحج:٧٧]، وقوله تعالى: ﴿إلا من أمر بصدقة أو معروف﴾ [النساء:١١٤] وقوله ﷺ: «كل معروف صدقة»(٢)، وقوله: «العارية مؤداة»(٣)، لأنه ﷺ استعار(٤) وكذلك الصحابة.

فصل

العارية نوعان: نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان فهذا لا يضمن إلا بالتعدى، وضرب آخر يخفى هلاكه ويغاب عليه فهذا يضمن إذا لم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير، فإن علم بغير قوله ببينة تقوم على هلاكه من غير تعدٍ كان من المستعير ففيه روايتان: إحداهما لا يضمن وهو الصحيح، والأخرى أنه يضمن وهو قول أشهب، وعند الشافعى أنها مضمونة على كل وجه(٥)، [وعند أبى حنيفة أن العارية لا تضمن على كل وجه(٦)](٧)، فدليلنا على سقوط الضمان فى الحيوان والرباع ما روى: «ليس على المستعير ضمان»(٨)، ولأنه حيوان وعقار قبضه [لاستيفاء] منفعة فلم يضمن

(١) قال صاحب شرح الحدود: (قال ذكر الجوهرى: أن العارية بالتشديد منسوبة إلى العار قال: لأن طلبها عار قال: يقال: هم يتعورون العوارى بينهم. وقيل: مستعاراً بمعنى: متعاور أى: متداول وفى بعض حواشى الصحاح ما ذكره من أنها من العار وإن كان قد قيل فليس هو الوجه، والصحيح أنها من التعاور الذى هو التداول، انظر شرح حدود ابن عرفة (٢/٤٥٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبوداود: البيوع (٣/ ٢٩٥) ح (٣٥٦٥)، والترمذى: البيوع (٣/٥٥٦) ح (١٢٦٥)، وقال: حسن غريب، وابن ماجه: الصدقات (٢/ ٨٠١) ح (٢٣٩٨)، انظر تلخيص الحبير (٣/ ٥٤) ح (١).

(٤) أخرجه أبو داود: البيوع (٣/ ٢٩٤) ح (٣٥٦٢)، وأحمد: المسند (٣/ ٤٩٠) ح (١٥٣٠٨).

(٥) انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٦٣)، الأم للإمام الشافعى (٣/ ٢١٨).

(٦) قال المرغينانى: (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدٍ لم يضمن)، الهداية (٣/ ٢٤٧)، الاختيار للموصلى (٣/ ٣١٢).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٨) أخرجه الدارقطنى: سننه (٣/ ٤١) ح (١٦٨) ، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ١٤٩) ح (١١٤٨٦ ـ ١١٤٨٧) وانظر نصب الراية (٤/ ١١٥).

تلفه كالعبد المستأجر والدار، ولأنه مستعار تلف من غير تفريط فلم يضمن كالأجراء، ودليلنا على وجوب الضمان عليه فيما يغاب عليه أنه قبضه لمنفعة نفسه فلم يكن له حكم الأمانة على التجريد، فإذا لم يعلم تلفه إلا بقوله لزمه الضمان، فأما إذا قامت به بينة فوجه قوله: لا ضمان عليه: أن التهمة قد انتفت عنه بقيام البينة على أنه لا صنع له بتلفه فلم يلزمه الضمان كالعبد المحروس[1]، ووجه قوله أن عليه الضمان فلأن أصله مأخوذ على الضمان لا على الأمانة فلم ينتقل عن أصله حسمًا للباب.

فصل

إذا أعار شيئًا إلى مدة لم يكن له أخذه قبلها لأن المدة قد صارت حقًا للمستعير فلم يكن للمعير الرجوع فيها كما ليس له الرجوع فى الهبة، وأما العارية المطلقة فليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها خلافًا للشافعى[2]، لأن العارية هى هبة المنافع أو تمليكها، فإن كانت مدة معلومة انحصرت عليها وإلا لزم من ذلك ما ينتفع فى مثله من المدة لأنه لو جاز له أخذها قبل ذلك لكان رجوعًا فى العارية لأنه قد جعل على نفسه إباحة المنفعة وقد ملك ذلك المستعير فلم يكن للمعير إبطاله عليه.

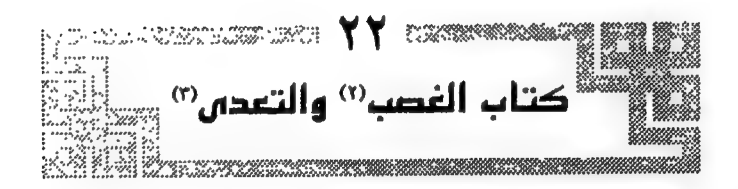
* * *

(١) ثبت فى (ب) (العبد المحرم).

(٢) المهذب للشيرازى (١/ ٣٦٣)، روضة الطالبين (٤/ ٤٣٦).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] (١)



٢٢ كتاب الغصب(٢) والتعدى(٣)

مسألة

إذا أتلف على غيره شيئًا ظلمًا لزمه بدل ما أتلف لقوله تعالى: ﴿إنما السبيل على الذين يظلمون الناس﴾ [الشورى:٤٢] وقوله: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [الشورى:٤٠]. وقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤]، وقوله ﷺ: «طعام كطعام وصحفة كصحفة»(٤)، ولأنه أتلف ملك غيره من غير استحقاق عليه فلزمه بدل ما أتلف لأن الأبدال فى المتلفات كالقصاص فى النفوس، وقال تعالى: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾ [البقرة:١٧٩] معناه: أن القاتل أو الجارح إذا علم أنه يُفعل به مثل ما فعل ارتدع عن أن يفعل ذلك وانزجر خيفة أن يقتص منه فكأن فى ذلك حياة للنفوس، وإلا اجترأ الناس بعضهم [على بعض كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم](٥) على أموال بعض إذ لا بدل يلزمهم.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الغصب فى اللغة: أخذ الشيء ظلمًا، وفلان على الشيء قهره، القاموس المحيط (١١/١)، وفى الاصطلاح: «أخذ مال غير منفعة ظلمًا قهرًا لا لخوف قتال»، شرح حدود ابن عرفة (٤٦٦/٢).

(٣) هو التصرف فى الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه، شرح حدود ابن عرفة (٤٦٨/٢).

(٤) أصله عند البخارى من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه. أخرجه البخارى: المظالم (١٤٨/٥) ح (٢٤٨١)، وعند أبى داود والترمذى بلفظ «إناء مثل إناء وطعام مثل طعام»، أبو داود: البيوع (٢٩٦/٣) ح (٣٥٦٨)، والترمذى: الأحكام (٦٣١/٣) ح (١٣٥٩).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فصل

[كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البـدل لاجترأ الناس بعضهم على بعض][١] فإذا ثبت ذلك فعلى المتلف دفع بدل المتلف إلى صاحبه والبدل نوعان:

مثل من طريق الخلقة والصورة: فهو كل ما يكال ويوزن، فمن أتلف على غيره شيئًا مما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمته وذلك كالذهب، والفضة، والحديد، والصفر[٢] والنحاس، والحنطة، والشعير وسائر المأكولات ولا تلزمه القيمة إنما يصار إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة لأنهـا ضرب من الحكم والاجتـهاد فى تعديلهـا بالمتلف فالمثل من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه فكان كالاجتهاد مع وجود النص إذ لا فائدة فيه.

فأمـا ما لا يكال ولا يوزن: كـالثياب وسـائر العروض، والرقيق، والحـيوان فـيلزمه بإتلافه قيمته دون مـثله، خلافًا لمن حكى عنه أنه يلزمه مثله من جنسه[٣]، لقوله ﷺ: «من أعتق شـركًا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العـبد قوم عليه قـيمة العبـد فأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد»[٤]، والعتق إتلاف ثم أوجب القيـمة فيه دون المثل فكان ذلك أصلاً فى بابه، ولأن كل ما لا يكال ولا يوزن فالغرض منه أعيانه دون مبلغه فوجب قيمة العين، وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغـه فكان فيه مثله، والقيمة المعتبرة يوم التعدى والجناية لا يوم الحكم لأن الحكم معلق بذمـته بالتعدى لا بالحكم إذا مطالبة الحاكم إنما هى بأمر قد تقدم وجوبه وإنما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت به ذمته.

فصل

ولا يراعى ارتفاع الأسـواق وانخفاضـها كما لا يراعى ذلك فـى السرقة لأن القيـمة متعلقة بالذمة تعلقًا منبرمًا حين التعدى ولا يؤثر ذلك بغيرها[٥].

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الصُفْر بالضم: النحاس وصانعه الصفار، القاموس المحيط (٢/ ٧١).

(٣) حكى عن العنبرى: أنه يجب فى كل شىء مثله. المغنى لابن قدامة (٥/ ٣٧٥).

(٤) أخرجه البخارى: الشركة (٥/ ١٥٦) ح (٢٤٩١) ومسلم: العتق (٢/ ١١٣٩) ح (١/ ١٥٠١).

(٥) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٨٢).

فصل

الجناية على ضربين: جناية تُبطل يسيراً من المنفعة وجلها من السلعة باق فهذا يجب فيه ما نقص: وذلك بأن تقوم وقت الجناية صحيحة وتقوم بالجناية فيلزم الجانى ما بين القيمتين[١]، وإنما قلنا ذلك لأن الذى يلزمه بدل مما أتلف والإتلاف إنما يكون لهذا القدر من المنافع فلم يضمن ما زاد عليه، والضرب الآخر جناية تُبطل الغرض المقصود من الشيء والذى له يراد وإن بقيت فيه منافع تابعة غير مقصودة: فهذا يكون صاحبه مخيراً إن شاء أخذ ما بين قيمته صحيحًا ومعيبًا وإن شاء أسلمه وأخذ قيمته وذلك مثل أن يكون لرجل عبد يزيده لبعض المنافع فتعدى عليه رجل فيقطع يده أو يعميه فيبطل عليه الغرض الذى له يراد فى العادة، وكذلك المركوب الذى يراد للجمال والركوب يقطع أذنيه أو ذنبه فيبطل الغرض المقصود منه وإن كان يبقى فيه استعماله فى الحمل ونقل التراب أو ما أشبه ذلك، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعى: عليه فى ذلك مثل ما بين القيمتين[٣]، وإنما قلنا ذلك لأنه قد أتلف عليه بهذا الفعل غرضه المقصود منه ضمانه اعتباراً به لو أحرقه أو أتلف جميعه.

مسألة

الشيء المغصوب مضمون باليد فمن غصب شيئًا فقد ضمنه إلى أن يرده، فإن رده كما غصبه سقط عنه الضمان ولزم المالك قبوله، فإن تلف عنده على أى وجه تلف ضمنه بقيمته يوم الغصب، إما بمثله إن كان مما له مثل أو بقيمته إن كان مما لا مثل له أى نوع كان من ذهب أو فضة أو حيوان أو متاع أو عروض أو عقار، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن كل ما لا يصح نقله كالضياع والعقار فإن الغاصب لا يضمنه [بإخراجه عن يد مالكه إلا بأن يجنى هو عليه فيتلف فيضمنه][٤] بالإتلاف[٥]، ودليلنا أن كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان فإنه يضمن له ما لا ينقل منها ولا يحول كالقبض فى

---

(١) المدونة الكبرى (٤/ ١٨٢، ١٨٣)، الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٤٣).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٢٢).

(٣) المهذب للشيرازى (١/ ٣٦٩)، روضة الطالبين (٥/ ٤١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) قال المرغينانى: (هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله: يضمنه)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٣٦)، الاختيار للموصلى (٢/ ٣١٨).

البيع، واعتباراً بما لا ينقل ولا يحول بعلة أنها أعيان مقصورة، ولأن الغصب سبب للضمان فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف به.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا رده فلا شيء عليه لأنه قد فعل ما كان عليه أن يفعله من إزالة يده عنه وترك إمساكه ظلمًا وإعادته إلى يد مالكه فزال عنه الضمان لزوال السبب الموجب له وهو الغصب.

فصل

إذا زاد المغصوب عند الغاصب بسمن أو فراهة فى تعلم صنعة أو زيادة تسوق أو ما أشبه ذلك [فإنما][1] للمالك أخذه ولا شيء للغاصب ولا أجرة عليه لما علم من ذلك لأن المالك لم يأذن له، وليس بعين يمكنه ارتجاعه فلم يكن له شيء فأما إن زاد عنده بسمن أو غيره ثم تلفت تلك الزيادة ورجع إلى ما كان عليه عند الغصب فرده على الحال التى غصبه عليها لزم المالك أخذه ولا ضمان على الغاصب، خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يضمن ما نقص عنده فيرد الأرش معه[2]، ودليلنا أن من أصلنا أنه ضامن لها يوم الغصب وما طرأ على أبعاضها أو ثمنها من نقصان أو زيادة فلا حكم له لأنه طارئ على عين مضمونه، ولأن رجوع العين المغصوبة إلى مالكها على الصفة التى غصبت يوجب القبول فوجب سقوط الضمان، أصله لو لم تزد عنده واعتباراً بحوالة الأسواق.

فصل

إذا رده ناقصًا فى بدنه عمًا غصبه عليه فإن المالك مخير بين أن يأخذه وبين أن يرده ويضمنه القيمة يوم الغصب، وإنما قلنا ذلك لأنه متعدى عليه والغاصب هو المتعدى فكان أولى بالحمل عليه لقوله تعالى: ﴿إنما السبيل على الذين يظلمون الناس﴾ [الشورى:٤٢]، ولأن المعتدى عليه مخير فى الأصول لأنه مجنى عليه فى ماله فله أن يقول لا آخذها كسيرة وقد غصبت منى صحيحة، فإذا ثبت أنه مخير بأن كان أخذها ناقصة فينظر: فإن كان ما حدث بها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل من الغاصب فليس للمالك إلا أخذها بغير أرش أو إسلامها وأخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب، وإنما قلنا

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) روضة الطالبين (٥/٤٢)، الأم للإمام الشافعى (٣/٢١٩).

ذلك لأن الغاصب كـان ضامنًا [لهـا يوم الغصب][1] فلم يكن لما حـدث من العيب فيـها حكم فى الضمان لأنه على أصل مضمون فإذا اختار المالك أخذها فقد رضى بعيبها لأنه لو لم يرض به لكان يسلمها ويرجع بالقيمة، فإذا قال: أريد الأرش لم يكن له ذلك لأن الغاصب لم يكن ضـامنًا لما حدث بانفراده وإنما كان ضـامنًا له بضمان الجملة وأبعـاضها تابعة لها.

فصل

فأما إن كانت الجناية بفـعل الغاصب مثل أن يقطع يدها أو يفقأ عينهـا واختار أخذها فـهل يجب له أخذ أرش الـنقص، فيـه خلاف، قـال ابن القـاسم: له ذلك[2]، وقال سحنون وابن المواز: ليس له إلا أخذها ناقـصة بغير أرش أو إسلامها والرجـوع بالقيمة يوم الغصب، وجه قول ابن القاسم: أنه جناية على ملك كالمبتدأة، ولأن المالك متعدى عليه بشيـئين بالغصب [وبالجناية فله أخذ الغاصب بأيهـما شاء][3]، ووجه قول سحنون وابن المواز: أنه ضامن لقـيمتهـا بالغصب، والجناية الطارئة بعد الضمـان لا حكم لها، أصله إذا كانت من قبل الله تعـالى، لأن الجناية على النفس آكد وأغلظ من الجناية على الأطراف وقد ثبت أن الغـاصب لو قتلها لم يلزمـه زيادة على قيمـتها يوم الغـصب ففى الجناية على الأطراف أولى.

مسألة

إذا غصب دارًا أو عبدًا أو دابة أو ثوبًا فلم ينتفـع به بسكنى ولا بركوب أو استخدام أو لبس أو غير ذلك ولا بإكراء ولا أغله فلا شىء عليه ولا يطالب بأجرة المدة التى بقيت غصبًا فى يده[4]، وقال الشافعى: تلزمـه أجرة المثل للمدة التى قامت فى يده[5]، ودليلنا

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) المدونة الكبرى (٤/ ١٨٣).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٤٤).

(٥) قال الإمام الشافعى: (وإذا غصب الرجل من الرجل دابة فاستغلها أو لم يستغلها ولمثلها غلة أو دارًا فسكنها أو أكراها أو لم يسكنها ولم يكرها ولمثلها كـراء أو شيئًا ما كان مما له غلة استغله أو لم يستغـله انتفع به أو لم ينتفع به فعليـه كراء مثله من حين أخـذه حتى يرده)، انظر الأم للشافعى (٣/ ٢٢٢).

أنها منافع لم تستوف من المغصوب فلم يضمنها الغاصب، أصله منافع البضع وهو أن يحبس حرة لا يمكنها التزويج وأخذ بدل بضعها حتى مضت مدة من الزمان فإنه لا يضمن مهر مثلها، ولأنها منافع تلفت في يد الغاصب من غير أن ينتفع بها أو يأخذ لها بدلاً فلم يضمنها كبضع الأمة.

فصل

فأما إذا انتفع الغاصب بالمغصوب إما بنفسه، مثل أن يسكن الدار أو يركب الدابة أو يستخدم العبد أو يزرع الأرض، أو بأن يؤاجر ذلك يأخذ غلته فقد اختلف فيه: ففرق ابن القاسم بين العقار وبين الحيوان فقال في الربع: إن سكنه بنفسه أو زرع الأرض لزمه أجرة المثل، وإن كان أكراها من غيره لزم غرم ما أكراها به إن كان بقدر أجرة المثل وإن كان دون ذلك لزمه تمام الأجرة، وفي الدواب والرقيق لا رجوع للمالك على الغاصب لا فيما انتفع به بنفسه ولا فيما أكراه واغتله، وقيل لا فرق بين ذلك كله ويرجع المالك عليه بكراء وغلة ما اغتله ولا يرجع عليه بما ركب بنفسه أو استخدم، وقيل عن مالك: إن المالك لا يرجع بشيء أصلاً لا من أجرة ولا من كراء لا فيما انتفع الغاصب بنفسه ولا فيما أكراه في كل شيء من الرباع والحيوان وغيرها، وأن المنافع بالضمان[1].

فوجه التفريق بين الحيوان والرباع أن الحيوان غير مأمون لأن التغير يسرع إليه والتلف غالبًا يجوز عليه فيمكن أن يتلف باستعماله فيلزمه قيمته فكان الخراج له وليس كذلك الرباع لأنها مأمونة في الغالب، ولأن الحيوان محتاج إلى نفقة ومؤونة والغاصب لا يرجع بما أنفق عليه فكانت المنافع غير مضمونة عليه والرباع يرجع بما أنفق فيها أو عمَّره فأخذ منه قيمة ما انتفع وأجرة ما اغتل.

ووجه التفريق بين انتفاعه بنفسه وبين [ما أكراه واغتله][2] في الحيوان والرقيق أن ما أكراه عوضًا في منافع ملك الغير فكان كالعين القائمة فلزمه ردها، وما سكن بنفسه لم يأخذ عليه عوضًا يستحق رده عليه، ولأنه إن تلف ذلك في استخدامه أو ركوبه غرم القيمة ولم يأخذ شيئًا يغرم منه، فإن أكراه ثم تلف فقد اعتاض الكراء الذي يغرم منه.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٨٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

ووجه القول بأن المنافع غير مضمونة أصلاً قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[١]، ولأن الغاصب لما كان ضامنًا للعين بقيمتها يوم الغصب لم يكن لمنافعها حكم فى الضمان لأنها تابعة للعين، فأما إن اختار المالك أخذ العين ولا يرجع بشىء أو ضمنه قيمتها يوم الغصب، ولأن الضمان بالجناية آكد من الضمان بالاستخدام وغيره وقد بينا أن الغاصب لو جنى على بعض أطراف المغصوب لم يكن للمالك إلا أخذه ناقصًا بالأرش أو إسلامه والرجوع بالقيمة يوم الغصب فكان بأن لا يرجع فى المنافع أولى.

ووجه القول بأنه يرجع عليه فى كل ذلك قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[٢]، ولأنه انتفع بملك غيره من غير ملك ولا شبهة فلزمه قيمة ما انتفع به، أصله إذا ابتدأ الاستخدام والسكنى من غير غصب.

مسألة

إذا غصب ساجة[٣] فبنى عليها لزمه قلع البناء وردها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا يقلعه[٤]، ولصاحبها القيمة، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٥]، ولأنها عين اغتصبها فإذا جاز ردها لزمه، أصله لو لم يبدأ فيها فى البناء، ولأنه شغل ملك الغير بملكه الذى لا حرمة له غصبًا فوجب أن يلزمه رده، أصله لو غصب أرضًا فزرعها.

فصل

إذا غصب أرضًا فزرعها ثم أدركت والزرع قائم فيها، فإن كان وقت الزرع لم يفت كان للمالك قلع زرعها لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[٦] وهذا عرق ظالم، ولأن منافعها غير مملوكة فليس له شغلها على صاحبها ولا لعرقه حرمة كزرع المستحق من يده فيلزم المالك تبقيته وأخذ الأجرة، وإذا كان كذلك كان له قلعه.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الساجة: الخشبة التى يطين بها، القاموس المحيط (١/١٩٣).

(٤) الاختيار للموصلى (٢/ ٣٢٠)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٤٠).

(٥) أخرجه أبو داود فى البيوع (٣/ ٢٩٤)ح (٣٥٦١)، والترمذى فى البيع (٣/ ٥٥٧) ح (١٢٦٦)، وابن ماجه الصدقات (٢/ ٨٠٢) ح (٢٤٠٠).

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

فأما إن كان وقت الزرع قد فات ولا ينتفع المالك به إن قلع الزرع ففيها روايتان[١]: إحداهما أن له قلعه، والأخرى أن ليس له قلعه ويكون على الغاصب أجرة المثل، فوجه قوله أن يقلعه قوله ﷺ: «وليس لعرق ظالم حق»[٢]، واعتبارًا به إذا كان وقت الزرع لم يفت. [ووجه قوله ليس له قلعه: أنه لا ينتفع بذلك ويضر بالزرع][٣] فكان قصده مجرد الإضرار بالغاصب فلا يترك لذلك والأول أصح.

فصل

إذا أراق على ذمي خمرًا فعليه قيمته عند مالك[٤]، وقال عبد الملك لا قيمة عليه، وهو قول الشافعي[٥]، فوجه قول مالك أنه أتلف عليه ظلمًا ما يعتقده ملكًا له ويعز عليه فلزمه قيمته، أصله إذا أتلف عليه ثوبًا أو غيره من العروض، ووجه قول عبد الملك إنه لا قيمة للخمر فلم يلزمه بسوى الأدب بإتلافه ما لم يكن له أن يتولى إتلافه، كما لو عدى على مرتد فقتله لم تلزمه ولم يكن عليه إلا الأدب بافتياته على الإمام.

فصل

إذا غصب أمة فوطئها فإنه زان لأنه وطء عن غصب كوطء الحرة وولده ملكًا لسيده لأن ولد الأمة من غير سيدها تابع لها في الحرية والرق.

فصل

إذا أخذ القيمة من الغصب ثم وجد الشيء المغصوب فهو للغاصب ولا رجوع للمالك عليه خلافًا للشافعي[٦]، لأنه لما أدى القيمة صار ملكًا له لأنه عوض عن رقبته فأشبه الثمن وهذا إذا لم يكن الغاصب أخفاه.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٩٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) المدونة الكبرى (٤/ ١٩٠).

(٥) قال النووي: (الخمر والخنزير لا يضمنان لا لمسلم ولا لذمي)، روضة الطالبين (٥/ ١٧).

(٦) قال الشيرازي: (فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك)، المهذب (١/ ٣٦٨).

فصل

إذا فتح قفصًا عن طائر فطار ضمنه، طار عقيب الفتح أو بعد مهلة، خلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى[٢]، لأن سبب إتلافه الفتح لأن بالفتح خرج من القفص ولولاه لم يكن له سبيل إليه فإذا ثبت أن فتحه سبب لإتلافه لزمه ضمانه.

(١) قال الموصلى: (لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو طيران الطير)، الاختيار (٢/ ٣٢٥).

(٢) قال النووى: (فتح قفصًا عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه فإن لم يزد على الفتح، فثلاثة أقوال: أظهرها: إن طار فى الحال ضمن وإلا فلا. والثانى: يضمن مطلقًا، والثالث: لا يضمن مطلقًا). روضة الطالبين (٥/ ٥).

باب: الاستحقاق [(١)]

إذا ابتاع رجل أمة فأولدها ثم استحقها رجل فقد اختلف قوله فى أخذها فعنه فى ذلك روايتان[(٢)]: إحداهما أن المستحق يأخذها، والأخرى أن ليس له أخذها وله قيمتها.

فوجه قوله إن له أخذها لأنها باقية على ملكه واستيلاد الغير إياها لا يمنع المالك أخذها ولا يوجب لها حرمة الاستيلاد لأن ذلك إنما يكون بفعل من السيد، وأما على وجه صنع له فيه فلا، ولأنها ولدت من غير مالك فلم يثبت لها حرمة الاستيلاد، أصله إذا ولدت من نكاح ولأن اعتقاد الوطء استباحة وطئها بالملك كاعتقاده ذلك فى النكاح وقد ثبت أنه لو غرت من نفسها فتزوجها رجل على أنها حرة ووطئها فإن ذلك لا يمنع سيدها أخذها فكذلك فى البيع.

ووجه قوله إنه ليس له أخذها فلأنه واطىء بشبهة ملك وشبهة كل عقد مردود إلى صحيحه، وإذا ثبت أنه ليس له أخذها فله القيمة وتكون يوم فاتت بالوطء كما تكون على الغاصب يوم الغصب، وإن لم [يختر][(٣)] أخذ الثمن ولا أخذها واختار الثمن الذى باعها به الغاصب فله ذلك لأنه متعدى عليه والخيار له، فإذا قلنا له أخذها أو ليس له أخذها فإن الولد لا يأخذه بحال لأن [الأب][(٤)] دخل على أنه وطئ ملكه وإن ولده أحرار فلا يجوز استرقاقهم فأما أخذ قيمتهم من الأب ففيه خلاف:

فوجه أخذها أن الأصل أن ولد أمته ملك له إلا أنه منع ذلك لحرمة الاستيلاد الثابت بالشبهة فكان له الرجوع بالقيمة على الأب لأنه سبب يمنع أخذ السيد لهم، ووجه نفى أخذها أنهم ولدوا فى ضمان الأب بعد ثبوت القيمة عليه للأم وثبوت حرمتها فلا ضمان عليه فيما يتبع الأصل، وإذا وجدها قد ولدت من غاصب فإنه يأخذها لأن حرمة الاستيلاد لا تثبت لها ويأخذ الولد لأنهم ملك له لأن الأب لم يدخل على أنهم أحرار والواطئ زان إذا وطئ على الغصب يلزمه الحد ولا يلحق به الولد وقد بيناه.

---

(١) الاستحقاق فى اللغة: إضافة الشيء لمن يصلح به وله فيه حق، وفى الاصطلاح: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله، أو حرية كذلك بغير عوض»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٧٠).

(٢) المدونة الكبرى (٤/ ١٩٧).

(٣) ثبت فى (ب) (يجبر).

(٤) سقطت من (أ).

فصل

فأما إذا غرت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة فللسيد أخذها لأن منافع بضعها ملك له وغرورها لا يزيل ملكه، وله أخذ قيمة الولد ممن أخذه لأنه سبب زوال السيد عنهم ـ لأنه دخل على أن يكونوا أحراراً بما غرته من نفسها، وهذا إذا كان الواطئ أجنبيًا أو ممن لا يعتق ولده على رجوع له بقيمة الولد على الواطئ[1] خلافًا لمن يقول: إن له القيمة[2] لأن الولد إذا وجب عتقه عليه فأخذ العوض عليه غير جائز، والقيمة تكون يوم الحكم لأن ذلك وقت استحقاقها، ويرجع الأب بالصداق على من غرّه لأن العوض لم يسلم له ولا يرجع بقيمة الولد إذا أخذت منه على من غره لأن الغرر لم يتعلق بالولد وإنما تعلق بالاستمتاع.

مسألة

من أحيا مواتًا أو ابتاع خرابًا فعمّرها ثم جاء مستحق: فإنه يأخذ ملكه إن أحب بعد دفع قيمة العمارة قائمة، ويرجع المشترى بالثمن على بائعه فإن لم يختر المستحق ذلك قيل للثانى ادفع إليه قيمة أرضه براحًا وتكون لك فإن أبى كانا شريكين بقدر قيمة البراح من غير عمارة وقيمة العمارة قائمة[3].

وإنما قلنا إن المستحق يبدأ بالخيار لأنه أقوى سببًا لكون الأرض له والمشترى أو المحيى عمر فى شبهة ملك فكان صاحب الملك مقدمًا عليه، وإنما قلنا يعطيه قيمة البناء قائمًا لأنه لم يتعد فى البناء فيه فيطالب بالقلع، وإنما دخل على أنه يبنى فى ملكه فلم يكن ظالمًا بل كان لبنائه حرمة.

وإنما قلنا: إنه إذا بذل القيمة لزم الثانى أخذها لأن الضرر قد زال عنه بالاستحقاق بحصول القيمة، وإنما قلنا إن القيمة تكون وقت الحكم لأن ما قبل ذلك لم يجب أخذها للمستحق.

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/١٩٨).

(٢) حكاه ابن قدامة رواية عن أحمد، وقال: قال ابن المنذر: كذلك قضى عمر وعلى وابن عباس، انظر المغنى (٧/٤١٦).

(٣) انظر المدونة الكبرى (٤/ ١٩٥).

وإنما قلنا إن الخيار ينتقل إلى الثانى إذا [أبى][١] المستحق ليزول الضرر عنهما فيقال [للبانى][٢] ادفع إليه قيمة براحه فإن أجاب إلى ذلك وأبى المالك أجُبر على أخذه لأن [البانى][٢] يقول لست أختار أن يكون لى بناء فى ملك غيرى فيكون له ذلك.

وإنما قلنا إنهما يكونان شريكين إذا أبى كل واحد أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله لأن كل واحد منهما له حق لا يجوز إبطال الآخر له، وليس إلا الإجبار أو البقاء على الشركة.

فصل

وأما الاستحقاق من يد غاصب قد بنى وغرس فإن المالك مخير: إن شاء قلع بناءه وغرسه، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعًا بعد طرح أجرة القلع[٣].

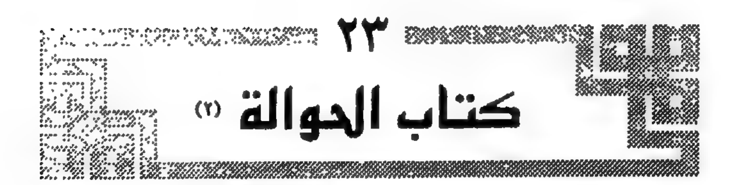
وإنما وجب ذلك لأن عرق الغاصب لا حرمة له لأنه عرق ظالم فكان لرب الأرض قلعه إذا اختاره وله دفع قيمته مقلوعًا إن اختار، ولا مقال للغاصب إن قال أريد عين مالى ولا أريد قيمته لأن المالك يقول لا أدعك تعور أرضى بقلع غراسها أو بنائها أو بإخرابها وإحواجى إلى عمارتها فيكون ذلك له، وإنما قلنا إنه يدفع إليه قيمته مقلوعًا لأن تبقيته غير مستحقة عليه، لأن القيمة فى هذا الموضع بدل عن العين للغراس والبناء فلما كان للغاصب أخذه نقضًا وخشبًا كان على المالك أن يعطيه قيمته بما كان يأخذه لو أخذه، وإنما قلنا يحط عنه أجرة القلع لأن قلعه مستحق على الغاصب لأن عليه تسليم الأرض إلى المالك فارغة فيجب أن يحط عن المالك قدر الأجرة وليس للغاصب قيمة ما له إن قلع ولا قلعه مثل الجص الذى لا مرجوع له وإزالة النقوش والتزاويق وما أشبه ذلك أن قلع ذلك إضرار برب الأرض ويعور أرضه من غير نفع يحصل للغاصب فلم يكن منه[٤]، ولا معتبر لقوله إن هذا غير شيئى فلى أخذه لأن ذلك يكون له فيما ينتفع به، فأما فيما يقصد به إضرار غيره فلا يمكن منه والله أعلم وأحكم.

***

(١) ثبت فى (أ) (أفاء).
(٢) ثبت فى (ب) (الثانى).
(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٤٧).
(٤) الكافى لابن عبد البر (٢/٨٤٦).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [١]



لا خلاف[٣] فى جواز الحوالة، والأصل فيه قوله ﷺ: «إذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع»[٤]، وهى فى الحقيقة بيع الدين بالدين لأن المحيل باع الدين الذى له على المحال عليه من غريمه بدينه الذى كان عليه، واستثنيت من الكالئ بالكالئ وهو الدين بالدين لأن المقصود بيع الرطب بالتمر فى نظائر لذلك.

مسألة

إذا أحالك غريمك بدينك الذى لك عليه على من له عليه دين لم يلزمك ذلك إلا برضاك: فإن رضيت باتباعه تحول حقك وبرئت ذمة غريمك المحيل، ولا اعتبار برضا من أحيل عليه ولا رجوع لك على من أحالك إن فات من أحلت عليه أو غاب أو أفلس إلا أن يكون غريمك علم منه حين أحالك عليه إفلاسًا فقد غرك ولم يعلمك فيكون لك الرجوع على غريمك.

وإنما شرطنا رضا صاحب الدين بالحوالة، خلافًا لداود[٥] فى قوله: إنه يلزمه قبول الحوالة شاء أم أبى، لأن صاحب الدين رضى بذمة غريمه دون غيرها فلا يلزمه الانتقال

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الحوالة فى اللغة: الإحالة أو التحويل وفى الاصطلاح: «طرح الدين عن ذمة بمثله فى أخرى»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٢٣).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٩)، المغنى لابن قدامة (٥/ ٥٤).

(٤) أخرجه البخارى فى الحوالة (٤/ ٥٤٢) ح (٢٢٨٧)، ومسلم فى المساقاة (٢/ ١١٩٧) ح (٣٣/ ١٥٦٤).

(٥) انظر المحلى لابن حزم (٨/ ١١٠).

إلى ذمة لم يرض بها مع بقاء الذمة الأولى، ولأنه حق تعلق بذمته فلم يجبر على نقله إلى شيء آخر كما لا يجبر على نقله إلى شيء آخر.

وإنما شرطنا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين لأنه إن لم يكن له عليه دين كانت حمالة لا حوالة لأن حقيقة الحوالة: بيع الدين الذى على الحال بالدين الذى للمحيل، وتحول الحق من ذمة إلى ذمة وذلك يقتضى أن يكون هناك دين تحصل الحوالة به.

وإنما قلنا: إن ذمة المحيل تبرأ إذا رضى صاحب الدين بالحوالة، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن له الرجوع إن مات المحال عليه مفلسًا أو جحد الحق[1]، لقوله ﷺ: «إذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع»[2] فأطلق، ولأنها حوالة برأت ذمة المحيل بها فلم يكن له الرجوع على المحيل بها، أصله إذا لم تتغير حاله، ولأن عقد الحوالة إذا انبرم منع رجوع المحال على المحيل، أصله ما ذكرناه، ولأن الحوالة بمنزلة الإبراء والقبض لأن المطالبة بالدين تسقط معها والاعتبار حادث بعد القبض فلا رجوع للمحال به.

وإنما قلنا إذا غره كان له الرجوع، خلافًا للشافعى فى قوله لا رجوع له[3]، لقوله ﷺ: «وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع»[4] وهذا غير ملىء، ولأن المحال إنما أبرأ المحيل على شرط وهو علمه بسلامة ذمة من يحمله عليه، وإذا غره كان له الرجوع لأنه قصد إتلاف ماله.

وإنما قلنا: إن رضا من يحال عليه غير معتبر، خلافًا لداود فى قوله: لا تلزمه حوالة صاحب الدين لغيره إلا برضاه[5]، لقوله ﷺ: «وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع»[6] ولم يشترط رضاه، ولأن الحق هو للمالك له أن يملكه من شاء وينقله إلى ملك من يختاره وكسائر الحقوق.

---

(١) الاختيار للموصلى (٢/ ٢٣٧)، الهداية للمرغينانى (٣/ ١١٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٢٣٢)، المهذب (١/ ٣٣٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) المحلى لابن حزم (٨/ ١١٠).

(٦) تقدم تخريجه.

باب: الحمالة [١]

الأصل فى جواز الحمالة قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢]، وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[٢]، ولأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولا خلاف فى جوازها[٣]، ولها عبارات هى الحمالة والكفالة والضمان والزعامة كل ذلك بمعنى واحد.

فصل

وهى جائزة بكل حق يمكن استيفاؤه من الضامن لأن فائدتها قيام الضامن مقام الغريم فى شغل ذمته بالحق للذى عليه، ولا يجوز فى الحدود لتعذر هذا المعنى فيها لأن استيفاءها من الضامن غير جائز.

فصل

الكفالة بالوجه[٤] جائزة خلافًا للشافعى[٥]، لأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولأنه سبب يتوصل به إلى ماله على طريق الوثيقة كالوثيقة بالمال، ولأن على من عليه المال أن يحضر أو يوكل من يحضر، وإذا ثبت أن ذلك عليه صح أن يضمن عنه، ولا يلزم عليه الحدود ولا يقال إن عليه أن يحضر ويقتل أو يحد.

فصل

إذا ثبت جواز الكفالة بالوجه: فإن جاء الكفيل بالمتكفل به فقد برىء، وإن لم يأت

(١) الحمالة: هى التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٢٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٩).

(٤) وهى التى يعبر عنها بالكفالة بالبدن عند بقية الفقهاء.

(٥) قال الشيرازى: (وتجوز كفالة البدن على المنصوص فى الكتب وقال فى الدعاوى والبينات إن كفالة البدن ضعيفة فمن أصحابنا من قال: تصح قولاً واحداً وقوله: ضعيفة أراد من جهة القياس ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما: أنها لا تصح لأنه ضمان عين فى الذمة بعقد فلم يصح كالمسلم فى ثمرة نخلة بعينها. والثانى: يصح وهو الأظهر»، المهذب للشيرازى (١/ ٣٤٢).

به غرم ما عليه، لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[1] لأن الفائدة في الحمالة بالوجه استيفاء الحق من الحميل إن لم يمكنه إحضار الغريم بدليل امتناع الكفالة في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، وسواء شرط ذلك عليه أم لا في أنه يكون ضامنًا للمال إلا أن يشترط أني متكفل بوجهه، فإن هرب لم يكن عليَّ من المال الذي عليه شيء فلم يلزمه حينئذٍ بشرطه إلا أن يمكنه إحضاره فيفرط فيلزمه بتفريطه لأنه كمن تعمد إتلاف مال غيره، ولو مات المتحمل بوجهه لم يلزم الحميل شيء بشرط أنه غير متحمل بالمال أو أطلق لأنه لا صنع له في موته فينسب إلى تفريط.

فصل

الضمان لا يبرئ ذمة المضمون عنه، خلافًا لابن أبي ليلى[2] لقوله ﷺ: «نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه»[3]، ولأن الضمان مأخوذ من الضمن وهو شغل ذمة أخرى بالحق بخلاف الحوالة التي هي مأخوذة من تحول الحق، ولأنها وثيقة فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن.

فصل

يصح[4] في المعلوم والمجهول خلافًا للشافعي[5]، لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[6] ولم يفرق، ولأنه تطوع بإلزام نفسه ما لم يكن يلزمه على وجه المعروف فجاز كالنذر.

فصل

الضمان عن الميت جائز إذا خلف وفاء من غير خلافًا ، ويجوز عندنا أن يضمن عنه

(١) تقدم تخريجه.

(٢) حكى ابن قدامة ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، وقال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل»، المغني (٥/ ٧٢).

(٣) أخرجه الترمذي في الجنائز (٣/ ٣٨٠) ح (١٠٧٨)، وابن ماجه في الصدقات (٢/ ٨٠٦) ح (٢٤١٣).

(٤) أي: الضمان.

(٥) قال الماوردي: (ولا يصح ضمان المال حتى يكون واجبًا معلومًا ولا يصح ضمان ما لم يجب ولا ما كان مجهولاً ولا الإبراء)، الحاوي الكبير (٦/ ٤٥١)، روضة الطالبين (٤/ ٢٥٠).

(٦) تقدم تخريجه.

وإن لم يخلف وفاء خلافًا لأبى حنيفة[(١)]، لحديث أبى قتادة فى الرجل الذى مات وعليه ديناران فامتنع النبى ﷺ من الصلاة عليه فلما ضمنها أبو قتادة صلىً عليه[(٢)] لأن كل دين لو كان به وفاء صح ضمانه فإنه يصح وإن لم يكن به وفاء، أصله الضمان عن الحى.

فصل

لا يبرأ ضمين المال إلا أن يحضر وجـه المتكفل به لأن التكفل يغير وجهه والبراءة إنما تكون بخروجه مما تكفل به، واختلف عنه فى مطالبـة الكفيل مع القدرة على أخذ الحق من الغـريم فـعنه فى ذلك ثلاث روايات: إحـداها أن له ذلك وهو قول أبـى حنيفـة[(٣)] والشافعى[(٤)]، والأخرى أن ليس له مطـالبة الكفيل إلا أن يتـعذر أخذ الحـق من الغريم وهو قول عبد الملك، والثالثة أنه ابتـدأ بمال الغريم فإن وفًى لم تكن له مطالبة الكفيل، فإن عـجز أخذ باقى الحق من مـال الكفيل، وهذا على التـحقيق ليس بـرواية ثالثة وإنما رجوع إلى الثانية.

فوجـه الأولى قوله ﷺ: «الزعـيم غارم»[(٥)] ولم يفرق، ولأنهـا حال ضمان كـحال إفلاس الغريم، ولأن الضامن أقـام نفسه مقام الغريم فى شغـل ذمته بالحق على الوجه الذى كانت ذمة الغريم مشغولة به فإذا كان له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل.

ووجه الثانية ما احتج به أحمـد بن المعذل وهو الضمان فى العادة إنما هو لحفظ الحق من التوى[(٦)] والهـلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كـالغـريم فى أصل المطالبة فـإذا صح ذلك لم تكن له المطالبة إلا على الوجه الذى عليه دخل الضامن.

فأما الثالثة فمرتبـة على ذلك، وذلك أنه يبدأ بمال الغريم لأنه أحق بالمطالبة فإن وفًى به سقط عن الضمـين، وإن عجز تمم من مال الضمـين لأن استيفاءه متـعذر من الغريم وهذه فائدة الضمان.

---

(١) الاختيار للموصلى (٢/ ٢٣٢).

(٢) أخرجه البخارى فى الحوالة (٤/ ٥٤٥) ح (٢٢٨٩) وأحمد فى المسند (٣/ ٣٦٣) ح (١٤١٦٧).

(٣) قال الموصلى: (إن شـاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصل وله مطالبتـهما جمـيعًا وتفريقًا ليتحقق معنى الضم)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢٣٠)، الهداية للمرغينانى (٣/ ٩٩).

(٤) الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٤٣٦)، روضة الطالبين (٤/ ٢٦٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) التوى: الهلاك، انظر القاموس المحيط (٤/ ٣٠٧).

فصل

وإذا مات الضمين دون حلول الحق ففيهـا روايتان: إحداهما أن المال يؤخذ من تركة الضمين فيدفع إلى صاحب الدين ويرجع به ورثة الضـمين على المضمون عنه فيأخذونه منه عند أجله، والثانيـة أنه يؤخذ قدر الحق من تركته فـيعزل إلى أن يحل الأجل[1] فإن أمكنه أخـذه من الغريم رد على ورثة الضـمين، وإن تعـذر ذلك أخذ حـينئذ مـن مال الضمين، والأولى مـخرجة على أن له أن يطالب فى حلول الحق أيهمـا شاء لأن موت الضمين يحـل الحق عليه، والثانية مبنيـة على أنه ليس له مطالبة الضمـين إلا أن يتعذر أخذه من الغريم، وإنما يعزل لئلا يتلفه الورثة.

فصل

الحمـالة بالكتابة لا تصح لأنها ليـست بدين ثابت مستـقر، ولأن العبد إن عـجز رق وانفسخت الكتابة[2].

فصل

وإن قال لرجل داين فلانًا وأنا ضـامن لما تعطيه جاز ذلك ولزمه ضـمان ما يداين به مثله[3] وذلك مبنى على ثلاثة أصول: أحدها أن ضمـان الحق قبل وجوبه جائز كقوله: ألق متاعك فى البحر وعليَّ ضمانه وقـد ذكرناه فى الرهن، والثانى: أن ضمان المجهول جائز وقد قدمناه، والثالث: أن الإطلاق فى مثل ذلك محمول على العادة دون ما يخرج عنها.

* * *

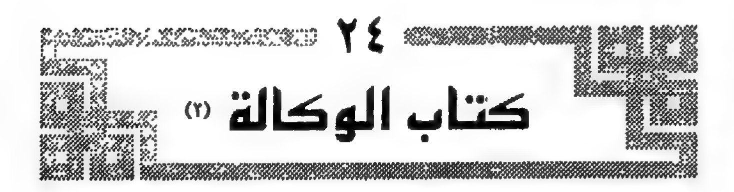
(١) حكاهما فى المدونة الكبرى (٤/ ١٣١).

(٢) المدونة الكبرى (٤/ ١٣٩).

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٦٦٦).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] (١)



٢٤ كتاب الوكالة (٢)

تصح الوكالة من الحاضر والغائب والرجل والمرأة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنها لا تصح إلا من غائب أو مريض أو امرأة غير(٣) برزة(٤)، لأن عليًا رضى الله عنه وكَّل عقيلاً وقال: هذا عقيل ما قضى عليه فعلىَّ وما قضى له فلى ولم ينكر ذلك أحد، ولأن كل وكيل صح مع الغيبة صح مع الحضور، أصله توكيل المريض، ولأن كل وكالة صحت برضا الموكل عليه صحت وإن لم يرض كوكالة الغائب والمرأة غير البرزة.

فصل

لا يفتقر التوكيل إلى حضور الخصم، وكذلك إثبات الوكالة عند الحاكم خلافًا لأبى حنيفة فى منعه ذلك إلا أن تتعلق الخصومة بحاضر مثل أن يدعى على جماعة فيحضروا واحدًا منهم ويغيب الباقون(٥)، لأنه توكيل فى استيفاء حق فلم يكن من شرطه حضور الموكل عليه، أصله إذا وكله على جماعة فحضر واحد وغاب الباقون، ولأنها استنابة فيما تصح فيه النيابة لم يفتقر إلى حضور الغير كالتوكيل فى البيع.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الوكالة فى اللغة تطلق على معان أحدها: الحفظ، وهو يعم هذا الباب وغيره ثم خص ذلك شرعًا على حفظ خاص، وفى الاصطلاح: «نيابة ذى حق غير ذى إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته»، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٣٧).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٥٣)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢١٢).

(٤) المرأة البرزة: هى التى تخرج لتقضى حوائجها وهى ضد المرأة الخفرة بفتح الخاء المعجمة وكسر الفاء أى: الشديدة الحياء، خفرت تخفر خفراً فهى خفرة ومختفرة، المطلع (ص/ ٣٤٧).

(٥) الاختيار للموصلى (٢/ ٢١٢)، الهداية للمرغينانى (٣/ ١٥٣).

فصل

الوكالة جائزة فى كل الحقوق التى تصح فيها النيابة من البيع والشراء، والاجارة، وعقد النكاح، والطلاق، واقتضاء الدين وقضائه، وخصومة الخصم، وتزويج الولى وغير ذلك مما يجرى مجراه.

فصل

إذا استوفى الوكيل ما أمر بابتياعه: فإن كان بثمن مثله جاز وقال الشافعى لا يجوز[1]، وكذلك عندنا للوصى والأب أما الدلالة على جواز ذلك للوصى وللأب فلقوله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾ [البقرة: ٢٢٠]، ولأنه إنما أقيم للنظر فى مال من يلى عليه فإن كان الذى يشتريه بزيادة فذلك أحظ لليتيم وأسوأ أحواله أن يكون كالأجنبى، وأما الوكيل فلأن غرض الموكل توفير الثمن دون أعيان المشترين ولأن ذلك هو المقصود فيجب بحصوله أن يصح.

فصل

إذا وكله فى البيع وكالة مطلقة لم يجز له أن يبيع إلا بثمن مثله نقداً بنقد ذلك البلد، فإن باع بما لا يتغابن الناس بمثله أو بتأخير أو بنقد يخالف نقد البلد لم يلزم ذلك الموكل إلا برضاه، وكذلك لو وكله فى شراء شيء وكالة مطلقة لم يكن له أن يشتريه إلا بثمن مثله، وقال أبو حنيفة: يجوز فى البيع أن يبيع إلى أجل وبغير نقد البلد وبنقصان من ثمن المثل أو بما لا يتغابن الناس بمثله[2]، ووافقنا فيه إذا وكله بشراء عبد أنه ليس له أن يشتريه بأكثر من ثمن مثله ولا إلى أجل.

فدليلنا على أنه لا يجوز بيعه بما لا يتغابن الناس بمثله أنه توكيل فى مساومة فلم يجز فيه التغابن المتفاوت كالتوكيل فى الشراء، ولأن المحاباة فى حكم الهبة بدليل اعتبارها من الثلث حال المريض ومنعها للوارث، وقد ثبت أن الوكيل ليس له هبة الشيء الذى وكل فيه وكذلك لا يملك المحاباة فيه، ودليلنا على أنه لا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد أن التوكيل إنما كان فى بيع مطلق والبيع فى الشرع يقتضى النقد بنقد البلد: كما لو

(١) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٦/ ٥٣١)، مختصر المزنى بهامش الأم (٣/ ٧).

(٢) الهداية للمرغيناتى (٣/ ١٦٢)، الاختيار للموصلى (٢/ ٢١٨).

قال رجل: بعنى هذا الثوب بمائة درهم فقال: بعتكه لكان هذا الإطلاق يقتضى التعجيل بنقد البلد، إنما قلنا: إنه يكون بالخيار لأن من باع ملك غيره أو وهبه وقف على إجازته وقد ذكرناه فى البيوع.

فصل

إذا وكله فى قبض دين له على رجل أو وديعة عنده فصدَّق الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة لا يجبر الغريم على دفع الشيء إلى الوكيل، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يجبر إذا كان الحق فى الذمة ولا يجبر إذا كان فى غير ذمته[1]، ولأنه لا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به بدليل أنه لو كان عليه حق فطالبه صاحبه به كان له أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة وتسقط شهادة الشهود، والدفع بالإقرار لا يبرأ به بدليل أن صاحب الدين لو جحد الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية، وإذا كان كذلك لم يلزمه الدفع، وتحريره أن يقال: كل من لم يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على دفعه إليه كالأجنبى، ولأنه أقر على غيره بالتوكيل فلم يلزم بحكم ذلك الإقرار تسليم ما فى يده إلى الوكيل اعتبارًا بما فى يده من العين.

فصل

إذا ثبت أنه لا يجبر على الدفع إلى من يعترف بأنه وكيل بغير بينة على الوكالة، فلو اعترف له صاحب الحق فقد برئ وإن أنكر الوكالة وأقر قبض الحق برئ الغريم أيضًا لأن ثبوت الوكالة ليس بشرط فى الإبراء، كما لو بعث به الغريم على يد رسول ابتداء واعترف صاحب الحق بقبضه لبرئ الغريم فإن أقر صاحب الحق بالوكالة وأنكر أن يكون الغريم دفع الدين إلى الوكيل لم يلتفت إلى أقوال الوكيل بالقبض وإنكاره ولزم الغريم إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل، فإن لم يقم بينة غرم فى ذلك لصاحب الحق لأن الغريم هو الذى أتلف ماله لأنه حين دفعه إلى من يبرأ بالدفع إليه وكذلك لو كانت الوكالة ببينة فدفع الغريم إلى الوكيل بغير بينة وأنكر صاحب الحق فإن الغريم يغرم المال لأن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينه وبين غيره، وإذا كان كذلك فإن الغريم يغرم المال ثانية وله إحلاف صاحب الحق أنه لم يقبضه ولم يعلم بدفع الحق إلى وكيله فإن ادعى الوكيل أنه دفع المال إليه

(١) الهداية للمرغينانى (٣/١٦٨).

ببينة وأقامها فإن الغريم يبرأ بذلك، ولا يحتاج إلى إقامة بينة على الدفع إلى الوكيل لأن البينة قد شهدت بقبض صاحب الحق [بحقه فإن ادعى الدفع إلى صاحب الحق][١] بغير بينة فلا يلزم ذلك صاحب الحق على ما بيناه.

فصل

الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله: فإن ادعى رد [ما][٢] أودعه أو أسلمه إليه ليشترى به أو ليدفعه إلى غيره أو على أى وجه كان، صدق مع يمينه، فإن وكله بقبض دين وادعى أنه قبضه وسلمه إلى موكله أو أنه ضاع منه قبل تسليمه إلى الموكل، فإن ثبت قبضه إياه ببينة من الغريم صدق فى الضياع وفى إقباض الموكل، وإن لم يثبت ذلك إلا بإقراره أو بإقرار الغريم فالدين باق على الغريم لا يبرأ إلا ببينة على دفعه إلى الوكيل على ما بيناه، ولو وكله على أن يقبض عنه دينًا لم يكن له أن يدفعه إلا ببينة فإن دفعه بغير بينة لم يبرأ الوكيل إن جحد صاحب الحق ويغرم الوكيل لأنه أتلف على الموكل ماله بترك التوثق، وعليه أنه لا يبرأ بذلك وليس له أن يتلف ماله، وكذلك الوصى يقضى [غرم الميت][٣] بغير بينة فهوضامن لأنه أتلف ذلك على الأصاغر.

فصل

الوكالة عقد جائز وليس من العقود اللازمة، وفائدة ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين الخروج من العقد أى وقت شاء من غير اعتبار برضا الآخر ولا خلاف أن الموكل له عزل الوكيل حضر الوكيل أم غاب، وكذلك للوكيل عندنا عزل نفسه عن الوكالة مع حضور الموكل[٤] وغيبته، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله ليس ذلك للوكيل إلا مع حضور الموكل، لأنه عقد لا يفتقر إلى شخص فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق والعتاق بعكسه البيع، ولأنه أحد متعاقدى الوكالة فلم يقف فسخه على حضور الآخر كالموكل.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (ب) (رد مال).

(٣) سقطت من (أ).

(٤) قال الموصلى: (ولو عزل الوكيل نفسه لا ينعزل بدون علم الموكل لأنه عقد تم بهما وقد تعلق به حق كل واحد منهما ففى إبطاله بدون علم أحدهما إضرار به) . الاختيار للموصلى (٢/ ٢٢١).

فصل

إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له فتصرفه باطل ويضمن ما أتلفه[١] له لتعديه، وإن علم ذلك غريم أو معامل للموكل لم يجز تسليمه لشيء مما كان يجوز له أن يسلمه بحق الوكالة إلى الوكيل: فإن فعل ذلك لم يبرأه وضمن من غير اعتبار بعلم الوكيل، فأما إذا تصرف الوكيل بعد ثبوت عزل الموكل له ببينة أو بموته والوكيل لا يعلم فاختلف فيه، فقال ابن القاسم: تصرفه مردود، وقال غيره من أصحابنا: تصرفه صحيح[٢]، فدليلنا على البطلان أن العزل معنى يسقط الوكالة فلم يختلف بعلم الوكيل بموجبه وجهله، أصله الموت.

فصل

إذا وكله فى شراء جارية للوطء أو الخدمة أو تزويج أو شراء ثوب أو عبد لم يصفه له جاز، ويلزمه من ذلك ما يشبه دون ما لم يشبه لأن إطلاق الوكالة يقتضى ما يشبه، فإذا ادعى غيره لم يقبل منه لأنه خلاف العرف كما لو ادعى فى بيع سلعة أنه وكله فى بيعها بما لا يتغابن الناس بمثله لم يصدق لأنه خلاف العرف[٣].

* * *

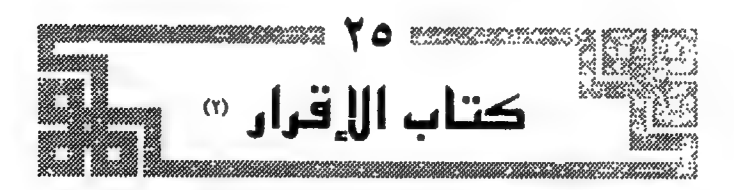
(١) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك (٢/ ٧٣٤).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٧٨٨).

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٧٢٢).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [(١)]



٢٥
كتاب الإقرار [(٢)]

إذا أقر بمال ولم يذكر مبلغه اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: يرجع في تفسيره إليه فيلزمه قدر ما يقر به من قليل أو كثير ولو قيراط أو حبة وهو قول الشافعي [(٣)] ومنهم من قال: يجيء على أصول مالك أن يلزمه ربع دينار إن كان من أهل الذهب وثلاثة دراهم إن كان من أهل الورق، وذكر عن ابن المواز أنه يلزمه عشرون ديناراً إن كان من أهل الذهب أو مائتا درهم إن كان من أهل الورق، وقال: بعض أصحابنا: ويجيء على هذا أن يلزمه إن كان من أهل الإبل والبقر والغنم أول نصاب منهما.

فوجه القول بنفي التقدير قوله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلمًا﴾ [النساء: ١٠]، وقوله: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [النساء: ٥]. ولا خلاف أن هذا ينتظم القليل والكثير، ولأن هذا الاسم لجنس ليس له تقدير في شرع ولا لغة فوجب أن يلزم الاسم لقليله وكثيره.

ووجه القول بمراعاة نصاب القطع إنه لما عدم المقدار من جهة المقر وكان لنا سبيل إلى تقديره وجب تقديره ولا يجب نفيه لنفي المقر ووجدنا المقادير تعلم من ثلاثة أوجه: إما لغة، أو شرعًا، أو عادة وقد انتفت من طريق اللغة والعادة وثبتت من طريق الشرع في مواضع منها نصاب الزكاة، ومنها تقدير المهور، والقطع فأخذنا بأقل المقادير لأنه المتيقن

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الإقرار في اللغة: هو الاعتراف والإذعان للحق، القاموس المحيط (٢/ ١١٦)، وفي الاصطلاح: (خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٤٣).

(٣) الأم للشافعي (٣/ ٢١١)، روضة الطالبين (٤/ ٣٧١).

وأول ما يتناوله الاسم، ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن اسم المال لما كان لا يكفى فيه الجنس ووجدنا العادة تمنع إطلاق الإسلام على ثلاثة دراهم أو ربع دينار وهى أن تكون فيها تقدير فإنها لا تثبت الاسم إلا فى حد من الكثرة فكان أولى المقادير ما اتفق عليه العادة من طريق الجملة والشرع من طريق التفصيل وهو مائتا درهم أو عشرون ديناراً.

فصل

إذا أقر بمال عظيم أو كثير: فمن أصحابنا من قال: هو بمنزلة مال على التحديد ويرجع فى تفسيره إليه وهو قول الشافعى[١]، ومنهم من قال: ثلاثة دراهم أو ربع دينار، ومنهم من اعتبر نصاب الزكاة، ويحتمل عندى قولين زائدين على هذا أحدهما: ألف دينار وهو قدر الدية، والآخر ما زاد على نصاب الزكاة.

فوجه القول بأنه لا حد فى ذلك أن وصف الشىء بالعظم لا يفيد حداً لأنه يختلف بإضافته إلى ما دونه وإلى ما فوقه وإذا كان كذلك لم يكن ها هنا طريق بتقديره فوجب الرجوع إلى تفسيره.

ووجه اعتبار نصاب القطع أنه قد ثبت أن وصفه بالعظيم يقتضى صفة زائدة على الاسم لأن [قوله][٢] عظيم يفيد ثبوت زيادة على ما دونه، ومتى رجعنا فى تفسيره إليه ففسره بأقل ما يقع عليه اسم المال مثل حبة وقيراط لم يستحق الاسم لأنه ليس دون لكون هو أعظم منه، فإذا ثبت ذلك وجب تقديره بزيادة عليه وقد ثبت اسم العظم لما يقطع فيه اليد ويستباح به البضع فى مواضع منها قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ [النساء:٢٥]. يريد المهر[٣]، وقول عائشة رضى الله عنها: كان رسول الله ﷺ لا يقطع فى التافه وكان يقطع فى ربع الدينار[٤]، فثبت أن هذا ليس بتافه، والتافه هو اليسير الحقير الذى لا قدر له وإذا انتفى هذا الاسم عنه دخل فى أول اسم العظم.

ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن ذلك إنما ضرب لأنه أقل لما يحتمل المواساة، وما دونه لا يحتمل ذلك لضعفه عنه وإذا كان كذلك فإن تقديره بهذا أولى، والذى ذكرته أقوى

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣٧٥)، الأم للشافعى (٣/ ٢١١).

(٢) ثبت فى (ب) (قولنا).

(٣) انظر تفسير الطبرى (٤/١٧).

(٤) ذكره الحافظ الزيلعى (٣/ ٣٦٠) وعزاه إلى ابن أبى شيبة فى مصنفه.

فى الاحتمال وأولى فى التقدير من كل هذا لأنه إذا ثبت أن العظيم يتضمن أن هناك دونه امتنع قول من يعتبره بأنه يرجع إلى ما يقر به، وإن كان حبة أو فلسًا لأنه لا شىء فى الحقر والدناءة أقل من هذا وذلك ينافى فى وصفه بالعظم وهذا واضح الفساد وإذا بطل ذلك وجب التحديد، ثم رجعنا إلى قول من حده بربع دينار وبعشرين ديناراً فوجدنا من يذهب إلى ذلك إقراره بأن له مالاً مجردًا عن ذكر العظم والكثرة فلم يجز أن يكون الموصوف بالعظم والذى لم يوصف به بقدر واحد فلم يكن بد من زيادة عليه، فإذا ثبت ذلك وجب أمرين: إما تقدير يوصف بأنه عظيم وكثير وهو الدية لأنا لا نختلف أنها لا يتقدر بها اسم المال على الإطلاق فوجب أن يكون مقداراً لما يسمى مالاً عظيمًا أو أن يلزمه زيادة على المقدار الذى يلزمه بمجرد قوله له: علىَّ مال وتكون الزيادة مؤثرة [بحسب][1] العرف فى وصف ذلك المقدار بالعظم ويرجع فى تقديره إليه.

فصل

إذا قال له: علىَّ دراهم أو دنانير لزمه له ثلاثة دراهم أو ثلاثة دنانير وهذا مبنى على أصل مالك رحمه الله أن أقل الجمع ثلاثة، ودليلنا عليه أن أهل العربية قسموا الأسماء إلى آحاد وتثنية وجمع وجعلوا لكل قسم من ذلك صيغة وعادة موضوعة له تفيد معناه دون غيره: فقالوا: رجل ورجلان ورجال، وإن جار اتفاق التثنية والجمع فى كتابات أخر فغير منكر أن يتجوز بذلك كما يجوز كناية الجمع على الواحد، ويجب على قول من يقول من أصحابنا: إن أقل الجمع اثنان يلزمه درهمان وهو قول عبد الملك بن الماجشون.

فصل

ولو قال له دراهم كثرة: فذكر ابن عبد الحكم لأصحابنا فيها قولين: أحدهما ما زاد على ثلاثة دراهم، والآخر: أنه يلزمه تسعة دراهم، وبعض شيوخنا الذين درسنا عليهم يقول: يلزمه مائتا درهم، وقال أبو حنيفة: تلزمه عشرة دراهم[2]، وقال الشافعى: تلزمه ثلاثة دراهم[3].

(١) ثبت فى (أ) (بسبب).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٠١)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٧٢).

(٣) قال الماوردى: (وهذا صحيح إذا قال: له علىَّ دراهم فأقل ما يقبل منه ثلاثة دراهم وهو أقل الجمع المطلق من الأعداد)، الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ١٦)، روضة الطالبين (٤/ ٣٨٠).

ودليلنا على فساد قول أبى حنيفة والشافعى أن الإقرار يتضمن مالاً بصفة وهى الكثرة فلم يكن بد من اعتبارها، وقد ثبت أنه لو لم يصفه بذلك للزمه هذا القدر، وكذلك لو وصفه بالقلة للزمه أيضًا ثلاثة دراهم، [وبقى][1] فى هذا أمران فاسدان: إما أن يفيد وصفه بالقلة والكثرة فائدة واحدة وذلك باطل، أو أن يلغى الصفة ولا يؤخذ بها وذلك أيضًا باطل، فإذا بطل ذلك لم يبق إلا ما قلناه من زيادة على ما يتضمنه إقراره بدراهم مجردة عن صفة الكثرة، فإذا تقدر هذا فوجه القول بأنه يلزمه زيادة على الثلاثة دراهم[2] اتفاقنا على أنه لو أقر بدراهم قليلة لكانت ثلاثة، فوجب أن يفيد إقراره بالكثرة زيادة على ما يفيد إقراره بالقلة وليس فى الكثرة حد فيرجع فى ذلك إليه.

ووجه القول بأنه تسعة دراهم أن وصفها بالكثرة مبالغة فى زيادة المقدار والتباعد عن القلة فوجب أن يضاعف ثلاثة أضعاف: أعنى يكون مثلها ثلاث مرات لأن الكثرة اسم يجمع الكثير فلما كان اسم الدراهم يفيد فى الأصل ثلاثة لكونه أقل الجمع فكذلك الكثيرة قد ما يقع عليه اسم الدراهم ثلاث مرات، ووجه قول شيخنا إنه يلزمه مائتا درهم هو أن من أصله إذا قال: علىَّ مال عظيم إنه يلزمه مائتان وعظيم وكثير واحد فكذلك إذا قال دراهم عظيمة أو كثيرة.

فصل

ولو قال: له على دراهم لا قليلة ولا كثيرة قال محمد بن عبد الحكيم يلزمه أربعة ووجه ذلك أنه نفى عنها القلة. وجب بذلك زيادتها على الثلاثة التى لو وصفها بالقلة للزمته، وإذا وجب ذلك لزمه زيادة جزء من آحاد ما أقر به فتكون أربعة، وذلك يحتمل وجهًا آخر وهو أنه يلزمه زيادة على الثلاثة ويرجع فى ذلك إلى تفسيره على القول بأنه إذا قال: له على دراهم كثيرة لزمه زيادة على الثلاثة ويرجع إلى تفسيره، وكان هذا أولى لأن الغرض خروج الدراهم المقر بها عن اسم القلة.

فصل

إذا قال: له علىَّ دريهمات أو دنيرات فهو بمنزلة دنانير ودراهم لأن التصغير لا يؤثر فى المعنى عن أصله.

---

(١) سقطت من (أ).

(٢) سقطت من (ب).

فصل

إذا قال: له على ألف ودرهم قال شيوخنا: يلزمه الدرهم[1] الذى عليه ويرجع فى تفسير الألف إليه، ولم يكن قوله ودرهم تفسيراً للألف، ويقال له: سمِّ ألف شئت فأى نوع فسره به لزم بقوله وأخذ به جملة من غير تفصيل، وكذلك لو قال: ألف ودينار أو وثوب أو وعبد ودابة وغير ذلك.

وقال أبو حنيفة: إن كان المفسر المعطوف به على الألف مما يكال أو يوزن أو يباع عدداً كالدراهم والدنانير والطعام وغير ذلك كان تفسيراً للألف فإن كان مما يباع بعينه لا بمقدار من وزن أو كيل أو عدد كالثياب والعبيد لم يكن تفسيراً[2] [لها، ودليلنا أن كل ما لزم به حق بنفسه لم يكن تفسيراً][3] لما تقدمه، أصله إذا قال: له علىَّ ألف وثوب، ولأن العطف قد يكون عطفًا على الجنس وعلى غير الجنس فلا يقضى بالمحتمل ووجب الرجوع فى تفسيره إلى المقر.

فصل

إذا قال: غصبت له شيئًا أو له عندى شىء: رُجع فى تفسيره إليه وقبل منه ما يقع عليه اسم الشىء، وكذلك إذا أقر بثوب أو عبد حلف على ما يقر به إن أنكره المدعى عليه، وفروع هذا الباب كثيرة.

فصل

إذا قال له على كذا درهمًا: قال محمد بن عبد الحكم: تلزمه عشرون درهمًا، وإن قال: كذا وكذا درهمًا لزمه أحد عشر درهمًا، [فإن قال: كذا وكذا درهمًا لزمه أحد وعشرون درهمًا][4]، وقال الشافعي فى قوله كذا كذا درهمًا: أنه يلزمه درهم واحد[5]، وفى قوله: كذا وكذا تلزمه درهمان[6]، ودليلنا أن قوله: كذا وكذا لا يطلق إلا على

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٢/١٧٣)، الهداية للمرغينانى (٣/٢٠٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٥) ثبت فى بعض النسخ (فى قوله كذا وكذا أنه يلزمه درهمًا واحدًا) وما أثبتناه من (ا).

(٦) روضة الطالبين (٤/٣٧٧)، الحاوى الكبير للماوردى (٧/٢٧).

عدد ولا يراد به درهم واحد هذا ظاهر الاستعمال فى عادة اللغة فبطل حمله على درهم واحد، وإذا بطل ذلك فقد علمنا أن الكناية تفسرها بما لو صرح به لصح ولم يمتنع وأول عدد يصح أن يقال فيه درهمًا أحد عشر فحملناه عليه، وإنما حملنا كذا درهمًا على عشرين لأنه أول عدد مستقل بنفسه يقال فيه درهمًا، وحملنا كذا وكذا على أحد وعشرين لأن ذلك متيقن لكونه أقل ما فى باله وما زاد عليه مشكوك فيه.

فصل

إذا قال: له علىَّ بضعة عشر درهمًا كان له ثلاثة عشر درهمًا لأن البضع من الثلاثة إلى التسعة، وقيل فى قوله تعالى: ﴿فلبث فى السجن بضع سنين﴾ [يوسف:٤٢] : إنه سبع[١].

فصل

إذا قال: له علىَّ ثوب فى منديل أو فى صندوق كان مقراً بالثوب دون الوعاء، ولو قال: له عندى عسل فى زق[٢] لكان مقراً بالعسل والزق، وفرق أصحابنا بينهما بأن العسل يفتقر إلى الوعاء لأنه لا يمكن أخذه إلا فى وعاء والثوب يمكن أخذه بغير منديل فلم يتضمن الإقرار به إقراراً بظرفه.

فصل

يصح الاستثناء من غير الجنس وصورته: أن يقول له: علىَّ ألف درهم إلا ثوبًا أو عبداً أو دابة فيقال له: اذكر قيمة العبد أو الثوب الذى استثناه، ويكون مقراً بما فضل من الألف عن قدر قيمته، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك فيما يكال أو يوزن ولا يجوز فيما لا يكال ولا يوزن[٣]، مثلاً أن يقول: له على ألف درهم إلا كر حنطة فيلزمه، ولو قال: ألف إلا دابة لم يصح، وقال زفر لا يصح استثناء من غير الجنس[٤].

---

(١) تفسير ابن كثير (١/ ٤٧٩ ـ ٤٨٠)، طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٢) الزِق بالكسر السقاء أو جلد يجز ولا ينتف للشراب وغيره جمع أرقاق . القاموس المحيط (٣/ ٢٤١).

(٣) انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٠٥)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٧٨).

(٤) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٧٨).

ودليلنا على جوازه ورود اللغة به قال الله تعالى: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون ۞ إلا إبليس﴾ [الحجر: ٣٠ ـ ٣١]، وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

ولا يقال لشيء من هذا أنيس.

وقال آخر:

* وما بالربع من أحد إلا الأوارى *[1]

ودليلنا على أنه لا فرق بين ما يكال ويوزن وبين غيره أن أهل اللغة لم يفرقوا بين ذلك ولا اعتبروا هذا الفرق، واعتباراً بما يكال ويوزن.

فصل

استثناء الأكثر من الأقل يجوز خلافًا لعبد الملك[2] وغيره، ولأن معنى الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لوجب تناوله له وهذا يصح في الكثير إذا أخرج عن القليل كصحته في القليل إذا أخرج من الكثير، وليس فيه إلا أن استعمالهم له يقل أو يستقبح وذلك لا يمنع تعلق الأحكام به، ولأنه لو قال: بعتك هذه الدار إلا خمسة أسداسها لصح ولكان بيعًا للسدس، وكل استثناء صح في البيع صح في الإقرار كالقليل.

فصل

إذا قال: لزيد عليّ مائة درهم ثم قال بعد ذلك: لزيد عليّ مائة درهم فإنهما مائة واحدة كان في ذلك المجلس أو في مجلس آخر لزمه مائتان[3]، لأنه أعاد الإقرار على لفظه ومعناه فلم يلزمه بمجرد الثاني حق، أصله إذا كان ذلك في المجلس.

فصل

إذا قال: لفلان عليّ ألف درهم وفلان أو فلان: فنصف ألف للمقر له أولاً والنصف الباقي بين المشكوك فيهما، وذلك أن الأول غير مشكوك فيه وإنما الشك فيمن

(١) الأوارى جمع أور حر النار والشمس والعطش والدخان واللهب والجنوب. القاموس المحيط (٣٦٦/١).

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤١٠).

(٣) انظر الفتاوى الهندية (١٦٨/٤).

يحصل شريكًا له فى الإقرار، والشك لا يقدح فى الإقرار الأول وإنما يقدح فى الاثنين الآخرين فيكون بينهما.

فصل

إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم وإلا فعبدى حر لزمه الألف لأن قوله وإلا فعبدى حر حلف على تقرير الإقرار.

فصل

إذا قال: له عليَّ دينار ولم يقل جيدًا ولا رديًا ولا وازنًا ولا ناقصًا ومات حكم عليه بدينار جيد وازن بنقد ذلك البلد لأن إطلاق الكلام محمول على التعارف كالبيع والشراء والإجارة، وإن كان نقد البلد مختلفًا فاختلف أصحابنا: قال محمد بن عبد الحكم: يلزمه دينار من أى نقد البلد مختلفًا ويحلف إن طلب ذلك المقر له، وقال شيخنا أبو بكر [الأبهرى][1]: يحتمل هذا والأجود أن يلزم الورثة أوسط النقود.

فصل

الإقرار للأجانب الذين لا يتهم لهم فى الصحة والمرض سواء يتحاصون بينهم على قدر حقوقهم لا يقدم من أقر له فى الصحة على من أقر له فى المرض، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: يبدأ غرماء الصحة على غرماء المرض فيوفون ديونهم فإن فضل كان للغرماء المقر لهم فى المرض[2]، لأن المقر ممن لا يتهم المقر فى إقراره فأشبه إذا أقر له فى الصحة، واعتبارًا أنه إذا قامت له البينة.

فصل

إذا أقر فى مرضه المخوف لوارث نظر: فإن كان ممن يتهم فى إقراره له لم يقبل إقراره، وإن كان ممن لا يتهم فى إقراره له قبل، مثل أن يترك ابنا وابنة وزوجة ومولى

---

(١) سقط من (أ).

(٢) قال المرغينانى: (وإذا أقر الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) الهداية (٣/ ٢٠٩ ـ ٢١٠)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٨٣).

أو بعض العصبة الأباعد فيقر له بدين فهذا يبعد أن يتهم له فى العادة فيقبل [إقراره، وقال أبو حنيفة : لا يقبل إقراره لوارث جملة[١] وقال الشافعى : يقبل][٢] على كل وجه[٣].

فدليلنا على أبى حنيفة أن منع إقراره للوارث للتهمة بالإزواء[٤] ولمحبة صرف ماله إلى الأقرب إليه ومن يعلم محبته له من ورثته فإن انتفى هذا المعنى وجب قبوله، ودليلنا على الشافعى أنه لما كان متهمًا فى إقراره له بالدين ليزوى عنه من الورثة وجب رد إقراره له وإلا كان فى ذلك ذريعة إلى تمكينه فى الإزواء، ومن الوصية للوارث وإذا كان كذلك وجب منعه.

فصل

وفى إقراره للصديق الملاطف روايتان: إحداهما رده، والأخرى قبوله[٥] ويكون فى الثلث، فوجه الرد أنه متهم فى إقراره له أن يكون أراد إزواء المسلمين أو الأباعد من عصبته والوصية له بزيادة على الثلث فجعله إقرار له فيجب رده، ووجه القبول أن أكثر ما فى ذلك أن يكون هبة ووصية فالذى يخشى منه أن يكون من رأس المال، فإذا أحسمنا هذا الباب فجعلناه من الثلث جاز.

فصل

إذا ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث: فإن النسب لا يثبت لأنه مقر على غيره ويعطيه عندنا ثلث ما فى يديه وهو قدر ما يخصه من الميراث على هذا المقر لو أقر به الأخ الآخر، وعلى هذا الحساب يثبت الإقرار من بعض الورثة لوارث.

---

(١) قال الموصلى: (وإقرار المريض لوارثه باطل إلا أن يصدقه بقية الورثة) الاختيار (٢/ ١٨٣)، الهداية (٣/ ٢١٠).

(٢) سقط من (ب).

(٣) الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٣٠)، مختصر المزنى بهامش الأم (٣/ ١٤).

(٤) الإزواء يطلق على الطوى والجمع والضم. القاموس المحيط (٤/ ٣٣٩).

(٥) حكاهما ابن عبد البر فى الكافى (٢/ ٨٨٨).

فصل

وقال [الشافعي: لا يعطى شيئًا، وقال أبو حنيفة[١]: يعطيه نصف ما في يدية[٢] فدليلنا على][٣] الشافعى أن إقراره يتضمن شيئين: أحدهما على نفسه، والآخر على غيره فالذى على نفسه استحقاق المقر له ما فى يده من المال زيادة على قدر ميراثه، والذى على غيره كون المقر به ابنًا لأبيه فقُبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره، ولأن الميراث يستحق بنسب وبسبب ثم إنه لو قال: هذه المرأة زوجة أبى ومات عنها وهى زوجته لا أعلمها ماتت منه فأنكر ذلك الابن الآخر فإنه يؤخذ منه قدر نصيبها من الميراث مما فى يده ولا تثبت الزوجية، وكذلك فى اعترافه بالنسب.

فصل

ودليلنا على أبى حنيفة أن الواجب أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره وذلك هو قدر ما حصل فى يده من الزيادة على ميراثه لأن تمام الميراث فى يد الابن الآخر فلم يلزم المقر دفع ما ظلم الجاحد للمقر له.

فصل

ولو ترك ابنًا واحدًا لا وارث له غيره فأقر لرجل بأنه أخوه ابن أبيه أعطاه[٤] نصف ما فى يده ولم يثبت نسب المقر له، خلافًا للشافعى فى قوله: إنه يثبت نسبه، لأنه إقرار فى حق غيره فلم يقبل كما لو كانا اثنين فأقر أحدهما وجحد الآخر، ولأن إقراره ليس بأكثر من شهادته وشهادة الواحد غير مقبولة فإقراره على الغير أولى، ويفارق الجماعة لأن شهادتهم تقبل فى حق الغير.

---

(١) قال المزنى: (قال الشافعى رحمه الله: الذى أحفظ من قول المدنيين فيمن ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ أن نسبه لا يلحق ولا يأخذ شيئًا لأنه أقر له بمعنى إذا ثبت وورث فلما لم يثبت بذلك عليه حق وهذا أصح ما قيل فى المذهب) مختصر المزنى (٣/ ٢٧).

(٢) الهداية للمرغينانى (٣/ ٢١٣)، الاختيار للموصلى (٢/ ١٨٥).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ثبت فى بعض النسخ (لأعطاه).

فصل

إذا قال: أقررت لى بمائة دينار وأنت بالغ، فقال بل أقررت بها لك وأنا غير بالغ: قال محمد بن عبد الحكم القول قول المقر مع يمينه، وأظن غيره من أصحابنا من يقول القول قول المدعى، فوجه الأول أن المدعى [يدعى][1] إلحاق دين بذمة المقر والمقر ينفى ذلك فلا يقبل منه إلا ببينة، ووجه الثانى أن الإقرار متفق على حصوله إلا أن المقر يزعم أنه لا حكم له فلا يقبل منه إلا أن تقوم له بينة بما يدعيه، وكذلك لو كان مجنونًا فبرىء فاختلفا فى الإقرار، فأما لو ادعى أنه كان مجنونًا وقال أقررت لك فى حال الجنون ولم يعلم أنه كان مجنونًا والمدعى يزعم أن الإقرار وقع فى الصحة فلأصحابنا فيها مذهبان[2]:

أحدهما أن القول قول المقر مع يمينه ووجه هذا اعتباره به إذا قال: أقررت لك وأنا صبى لأنه أضاف الإقرار إلى حال لا يتعلق بها حكم، والآخران القول قول المدعى، والفرق على هذا بينه وبين الصبى أن الصبى معلوم حصوله والمدعى زعم بعد زواله فيحتاج إلى بينة، وليس كذلك الجنون لأنه لم يثبت ما يدعيه المقر منه فلم تقبل إضافته الإقرار إلى حال لا يعلم أنه كان عليها، ومثل ذلك لو قال: قذفتنى وأنت بالغ، فقال: قذفتك وأنا صبى الحكم فيه واحد، ولو أقر وهو بالغ عاقل أنه كان استهلك له مائة دينار حال صغره أو جنونه غرم له لأن هذه أحوال يثبت معها حكم لزوم المال بالاستهلاك بدليل أن البينة لو قامت بذلك للزمه فكذلك إقراره يلزمه به ما يلزمه بالبينة.

فصل

ولو ادعى [عليه][3] أنه أقر له بمائة دينار وهو بالغ عاقل، فقال: أقررت لك فى حال لست أدرى هل كانت حال صغر أو بلوغ أو عقل أو جنون[4] ، فقال محمد بن عبدالحكم : لا يلزمه بذلك بشىء لأنه لم يقر على نفسه بما يلزمه بشىء ، وفيها نظر ،

---

(١) ما بين المعكوفين مطموس فى (أ،ب).
(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٧٤٠).
(٣) سقطت من (أ).
(٤) انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٧٤٠).

ويشبه أن يلزمه على قول من ذكرناه من أصحابنا لأن هذا ليس بجواب فيلزم أبداً إلى أن يقر وهو كمن قيل له: أقررت لى بألف وأنت بالغ، فقال: لا أدرى هل تستحق علىَّ هذه الألف أم لا أنه لا يترك وما يدعيه.

فصل

إذا أتى بالإقرار على غير وجه الإقرار بل على وجه الشكر والتحدث به، مثل أن يجرى ذكر إنسان قد مات فوصف بأنه كان يسعف من يسأله ويقرضه فيقول: رحم الله فلانًا لقد سألته مرة أن يقرضنى شيئًا وأنا مضيق أو مفلس فأجاب مسألتى فيقوم ورثة ذلك الإنسان فيطالبون هذا المقر ففيها روايتان: إحداهما أن ذلك إقرار، والأخرى أنه ليس بإقرار ولا يلزم به شىء.

فوجه الأولى أنه معترف بأن الرجل دفع إليه المال على وجه القرض ومدع للبراءة منه فلا يقبل منه إلا ببينة، أصله الإقرار المبتدأ عند دعوى الخصم، ووجه الثانية أنه لم يورده على وجه الإقرار وإنما أورده على وجه الشكر أو لغير ذلك، ولفظ الإقرار مفتقر فى [كونه][1] إقراراً إلى القصد لذلك، وهذه الرواية أحسن وأوقع فى مقتضى العادة والأول أقيس.

فصل

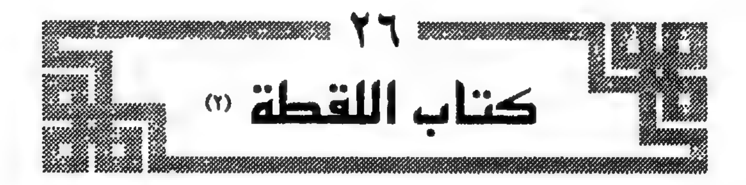
فرق محمد بن عبد الحكم بين أن يقر بأن هذا سرج دابة فلان أو لجام دابته وبين أن يقر بأن هذا باب داره فزعم فى السرج واللجام أنه لا يكون إقرار بأنه يكون لفلان، وفى هذا الباب يكون إقرار به لصاحب الدار قال: لأن الباب من الدار فإذا ثبت أن الدار لفلان فما كان منها فقد تضمنه هذا الإقرار، وليس كذلك السرج واللجام لأنه ليس بجزء من الدابة بل هو غيرها فكأنه قال: هذا السرج يسرج به دابة فلان وهذا اللجام يلجم به دابته، وفى موضع آخر سوى بينهما إما قولاً له آخر حكاه عن غيره، ووجه ذلك أنه أضاف ما أقر به إلى ملك المقر له فيضمن الإقرار له كباب الدار.

***

(١) سقط من (ب).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [(١)]



٢٦
كتاب اللقطة [(٢)]

الأصل فى اللقطة قوله ﷺ لمن سأله عنها: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[(٣)]، والشىء الملتقط على ضربين: منها ما له خطر وبال يمكن تعريفه فينبغى لملتقطه أن يأخذه ويعتقد بأخذه حفظه على صاحبه، وإنما استحببنا له ذلك لأن الإنسان مندوب إلى فعل الخير والبر وهذا منه، ولأنها قد تحصل مع من ربما لا يؤدى الأمانة فيها فيتلف على صاحبها ويأثم آخذها، فإذا علم ملتقطها من نفسه حفظها كان مندوبًا إلى ذلك، والضرب الآخر ما لا خطر له ولا بال ولا يمكن تعريفه كالكسر من الدرهم والشىء من المأكول وما أشبه ذلك فهذا لا فائدة فى أخذه فإن أخذه جاز.

فصل

تعرف اللقطة سنة عند الموضع الذى أصابها فيه وفى أقرب المواضع إليه وعند مجتمع الناس بالقرب من ذلك الموضع، فإن جاء من يدعيها بعلامتها من العفاص[(٤)] والوكاء[(٥)]

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) اللقطة فى اللغة: ما أخذ من الأرض واللقاطة بالضم ما كان ساقطًا مما لا قيمة له. القاموس المحيط (٢/ ٣٨٣).

وفى الاصطلاح: مال وجد بغير حرز محترمًا ليس حيوانًا ناطقًا ولا نعمًا. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٦٢).

(٣) أخرجه البخارى فى اللقطة (٥/ ٩٦) ح(٢٤٢٧) ومسلم فى اللقطة (٣/ ١٣٤٦) ح (١/ ١٧٢٢).

(٤) العفاص: الوعاء الذى فيه النفقة يصنع من جلد أو خرقة. القاموس المحيط (٢/ ٣٠٨).

(٥) الوكاء: رباط القربة وغيرها وكل ما شد رأسه من وعاء. القاموس المحيط (٤/ ٤٠١).

أو بزيادة على ذلك من ذكر ما فيها من ورق أو ذهب أو وزنه وما يغلب معه على الظن صدقة فى دعواه دفعت إليه بغير بينة، وإن مضت السنة ولم يأت لها طالب فهو بالخيار بين أن يتركها وتكون فى يده أمانة لا شىء عليه فى تلفها وبين أن يتصدق بها بشرط الضمان، فإن جاء صاحبها فأجاز التصدق بها وإلا غرمها له، وبين أن يتملكها فتكون دينًا فى ذمته يدفعها إلى صاحبها ويكره له تملكها وإذا رد اللقطة إلى موضعها بعد أخذها فإن كان أخذها بنية الالتقاط وحفظها على صاحبها ضمنها إن ردها، فإن لم يأخذها بنية الالتقاط بل ليتبينها مترويًا بين أخذها وتركها فلا ضمان عليه.

وضالة الإبل لا ينبغى لواجدها أن يتعرض لها وليتركها، فأما ضالة الغنم فإن وجدها فى مدينة فهى كسائر اللقطة، وإن وجدها فى صحراء: فإن كان بقرب موضعها قرية أو موضع يضمها إليه فعل ذلك، وإن كان مفازة ولا قرية بقربها ولا موضع يحفظ فيه ويخاف عليها إن تركت الذئب فإن شاء تركها، وإن شاء أكلها ولا ضمان عليه فى ظاهر الروايتين، ومن وجد طعامًا يفسد بتركه فإن شاء تصدق به أو أكله وضمنه إن كان فى العمران ولا يضرب له أجل[1].

فصل

وإنما قلنا إنها تعرف سنة لقوله ﷺ: للذى سأله عن اللقطة: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة»[2]، ولأنه لما احتيج فى تعريفها إلى أمد ومهلة ليعثر على مالكها وأمكن أن يكون صاحبها حاضرًا لها أو غائبًا أو ممن يتعذر عليه الحضور إلا بعد مدة وجب أن يزاد فى المهلة وأن يوسع فى المدة ليحصل الغرض الملتمس، وإذا ثبت ذلك ولم يكن بعض المدة بأولى من بعض كانت السنة أولى ما ضربت حد لأنها قد جعلت حدًا فى غير موضع مما يختبر حاله مثل العنة، وعهدة الأدواء الثلاثة، ووجوب الزكاة، وغير ذلك.

وإنما قلنا إنه يعرفها فى المواضع التى ذكرناها لأن الغرض بالتعريف فى التوصل إلى علم صاحبها بموضعها كما يجب أن يكون ذلك فى المواضع التى يغلب على الظن الوصول إلى ذلك معها، وفى حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: لمن ذكر

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/٣٦٧).
(٢) تقدم تخريجه.

له أنه وجد بطريق الشام صرة فيها ثمانون ديناراً: عرفها على أبواب المسجد واذكرها لمن يقدم من الشام[١].

فصل

وإنما قلنا إنها تدفع لمن يعرف عفاصها ووكاءها ولا يكلف على ذلك ببينة، خلافًا لأبي حنيفة[٢] والشافعي[٣]، لقوله ﷺ: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فادفعها إليه[٤]، وروى «باغيها»[٥]، وروى «فإن جاء أحد يخبرك بعدتها»[٦]، ففي هذا دليلان: أحدهما أمره ﷺ بدفعها إلى مدعيها يدفعها إلى من عرف العفاص والوكاء من غير مطالبة ببينة، والآخر قوله: «اعلم عفاصها ووكاءها» ولا فائدة في ذلك إلا دفعها إلى من عرف ذلك منها لأن الضرورة قد تدعو إلى ذلك وإلا أدى إلى أن لا يصل أحد إلى ما يضيع من ماله لأنه لا يمكنه الإشهاد على ضياعه والبينات مترتبة في الأصول على حسب الأشياء المشهود فيها، فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها.

فصل

وإنما قلنا إن السنة إذا مضت ولم يأت لها طالب: كان ملتقطها مخيراً بين تملكها والتصدق بها أو تركها لقوله ﷺ: «فإن لم يجئ صاحبها فشأنك بها»[٧] وهذا لفظ إباحة وإطلاق، فإن شاء تصدق بها لأنه ليس عليه حفظها بعد السنة لما في ذلك من المشقة والكلفة ويكون عليه الضمان لأنه فعل ذلك على وجه التخفيف عن نفسه يتكلف حفظها وليس له أن يتلف مال غيره بغير إذنه إلا بشرط الضمان للضرورة الداعية إليه، وإن شاء تركها أمانة في يده كالوديعة لا شيء عليه في تلفها لأنه قبضها لمنفعة ربها

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٥٧) ح (٤٧).

(٢) قال الموصلي: (ومن ادعى اللقطة يحتاج إلى البينة لأنها دعوى فإن أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه) الاختيار (٢/ ٢٨٣)، الهداية للمرغيناني (٢/ ٤٧٢).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٤١٣)، المهذب للشيرازي (١/ ٤٣١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه أبو داود في اللقطة (٢/ ١٣٩) ح (١٧٠٦).

(٦) أخرجه أبو داود في اللقطة (٢/ ١٣٩) ح (١٧٠٨).

(٧) تقدم تخريجه.

خالصًا لا نفع له فيها فكان تلفها من ربهـا، وإن شاء استسلفها فكانت دينًا فى ذمته لأن الذمة قد تكون أحرز لها من اليد، ويكره ذلك عندنا لجواز أن يعسر عند مجىء صاحبها فيتعذر عليه ردها.

وإنما قلنا ردها إلى موضعها بعد أخذها إلى مـا ذكرناه لأنه إذا أخذها بنية حفظها فقد تعلق حفظهـا عليه ولزمه ذلك، فردها بعد أخـذها تعد إضاعة لما قـد لزمه حفظه وذلك غير جائز، وإذا أخـذها لا على هذا الوجه لم يتعلق عليه حفظها ولا لزمه إمـساكها فلم يتعد بردها.

وإنما قلنا إن ضالة الإبل لا يأخـذها واجدها لقوله ﷺ وسلم جوابًا لمن سـأله عنها: «ما لك ولها معـها سقاءها وحذاءها ترد الماء وتأكل الشجـر حتى يلقاها ربها»[١]، وقال عمر رضى الله عنه لثابت بن الضحاك ووجد بعيراً فعرفه ثم قال: قد شغلنى عن ضيعتى فقال عمر: أرسله حيث وجدته[٢]، وإنما قلنا إنه فى ضالة الغنم أنه يأخـذها لقوله ﷺ «هى لك أو لأخيك أو للذئب»[٣]. والفرق بينها وبين ضالة الإبل أن الإبل تحفظ نفسها من الوحش إن أرادها وتعيش بنفسها وتقدر على الشرب من الغدر[٤] والأكل من الشجر فيبعد خوف الهلاك عليها وربما يجىء صاحـبها فيجدها وليس كذلك ضالة الغنم لأنها لا تعيش بنفسـها ولا تقدر على الشرب من الغدر ولا تمتنع من الوحش والحـيوان المفترس وكان الغالب هلاكها حتـى لم تؤخذ، وإنما قلنا إنه إذا وجدها إلى جنب قرية أو موضع يمكن ضمهـا إليه لم يجز له أخذها لأنه يصل إلى حفظهـا على صاحبها من غيـر مشقة عليه فلم يجز إتلافها ولها قيمة فى الموضع الذى وجدها به.

وإنما قلنا إنه إن وجـدها فى فلاة لا قـرية بقربهـا فله أن يأكلها ولا غـرم عليه لربـها خلافًا لأبى حنيفة[٥] والشافعى[٦]، لقوله ﷺ: «هى لك أو لأخيك أو للذئب»[٧]، وفى

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٥٩) ح (٤٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الغدر القطعة من الماء يغادرها السيل. القاموس المحيط (٢/ ١٠٠).

(٥) الاختيار للموصلى (٢/ ٢٨٢).

(٦) قال الشيرازى: (فإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمـسكها ويتطوع بالإنفاق عليها ويعرفها حولاً ثم يملكها وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعـرفها ثم يملك الثمن وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها) المهذب للشيرازى (٢/ ٤٣١, ٤٣٢).

(٧) تقدم تخريجه.

حديث آخر: «خـذها هى لك أو لأخيك أو للذئب»[1]. وهذا تنبيـه على أنها فى حكم المتلف، ولا قيمة فى إتلافـه، ولأنه أضافها إلى واجدها كإضافتـها إلى أنها للذئب فدل على أن إتلافها لا [يستحق][2] به غرم، ولأن ما هذا سـبيله لا قيمة له فى مـوضعه ولا يمكن تعريفه فلا يخلو أن يمنع أخذها وذلك خلاف الإجماع، وأن يلزم حفظها وسوقها إلى العمران وفى ذلك مشقة وكلفة مسقطـتان عنه، أو أن يباح أكلها بشرط الضمان فما هذا سبيله إنما يكون بعد التعريف إذا كـان مما يبقى فلم يبق إلا ما نقوله من إباحة الأكل بغير ضمان له.

وإنما قلنا فى الطعام الذى لا يبطل إنه لا يعرف بأجل لأن تبقيته إلى الأجل إتلاف له على مـالكه وواجـده، وقلنا إن له أن يأكله لأنه إن لم يفـعل ذلك تلف ويضـمنه لأنه منتفع بملك غيره إلا أن يكون مما لا قيمة له والله أعلم.

* * *

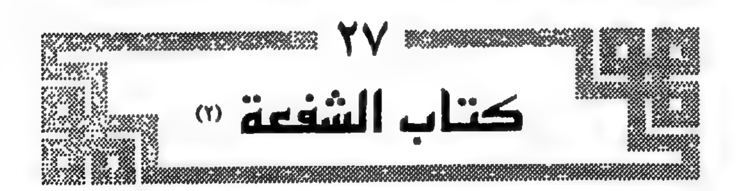
---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) (يتعلق).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] (١)



٢٧
كتاب الشفعة (٢)

لا خلاف فى وجوب الشفعة للشريك المخالط(٣)، والأصل فيها قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»(٤)، وروى «الشفعة فى كل شرك»(٥).

فصل

ولا شفعة لجار خلافًا لأبى حنيفة(٦)، لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»(٧) ففيه أدلة: أحدها أنه أخبر عن جملة محلها وهو غير المقسوم فلم يبق شفعة فى غيره، والثانى دليل الخطاب، والثالث نصه على أن القسمة إذا وقعت انتهت الشفعة، ولأن ملك محوز كالجار المقابل.

فصل

والشفعة مستحقة فى العقار من الدور والحوانيت والبساتين دون العروض والحيوان

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) الشفعة فى اللغة: مشتق من الشفع كذا قيل لأن فيها أخذًا وضمًا لحصة أخرى شفعته.

وفى الاصطلاح: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٧٤).

(٣) الإجماع لابن المنذر (ص/ ٩٥)، المغنى لابن قدامة (٥/ ٤٥٩).

(٤) أخرجه البخارى فى الشفعة (٤/ ٥٠٩) ح (٢٢٥٧)، وابن ماجه فى الشفعة (٢/ ٨٣٤) ح (٢٤٩٧).

(٥) أخرجه مسلم فى المساقاة (٣/ ١٢٢٩) ح (١٣٤/ ١٦٠٨).

(٦) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٤٩).

(٧) تقدم تخريجه.

والرقيق، خلافًا لمن يحكى عنه وجوبها فى كل ذلك إن صح[1]. والأصل فيه قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»[2]، وروى «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[3]، وهذا إخبار عن محل الشفعة وهو مستغرق له، ولأنه مما ينقل ويحول كالذهب والفضة، والفرق بين العروض والحيوان وبين الأرضين وجود الضرر فى الشركة فى الأرض على وجه الدوام، ولأن التخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك وسائر العروض بخلاف ذلك.

فصل

وعنه فى وجوب الشفعة فى الثمار إذا كان الأصل بأيديهم ملكًا أو حبسًا أو مساقاة أو مبتدأ الشراء روايتان[4] : إحداهما : ثبوتها، والأخرى : نفيها ، وهو قول المغيرة وعبد الملك، فوجه إثباتها: أنها معلقة من غير صنع آدمى بأصل تجب فيه الشفعة يخاف منه سوء المشاركة فأشبه الفحل والبئر، ووجه نفيها: قوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[5] فعلقها بما يقسم من الأراضى، ولأن الشفعة فيما يدوم فيه الضرر وذلك معدوم فى الثمار فكانت كالعروض.

فصل

لا شفعة فى طريق ولا عرصة قسمت بيوتها وبقيت مرتفقًا لأهلها[6]، لأن ذلك تبع لأصل لا شفعة فيه وهو البيوت المقسومة.

ولا شفعة فى البئر والفحل، وإن كانت الأرض التى فيها مشاعة ففيهما الشفعة لأن فى أصلها الشفعة فهما تبع لها، وإن كانت الأرض مقسومة فلا شفعة فى البئر والفحل لأن أعيانها لا شفعة فيها إذ لا يصح قسمهما ولا هى متصله بأصل تجب الشفعة فيه

(١) قال ابن قدامة: (واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة: أنها لا شفعة فيها، ومرة قالا: الشفعة فى كل شىء، وقال ابن أبى موسى وقد روى عن أبى عبد الله رواية: أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما فى معنى ذلك) المغنى لابن قدامة (٥/ ٤٦٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢٠٧).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٥٤).

فتكون ثابتة له[١].

فصل

من له ممر فى أرض قوم أو مسيل ماء أو طريق إلى علو له فلا شفعة له فيما بيع من الدار والأرض لأنه ليس بشريك فيها، وإنما له حق متعلق على الملك دون أن يكون له حق فى نفس الملك، وكذلك الدار علوها لرجل وأسفلها لآخر فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر لأن أملاكهما متميزة والشركة منتفية.

مسألة

والشفعة بين الشركاء على قدر الحصص، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه على عدد الرءوس[٢]، لأن الشفعة معنى مستفاد بالملك فوجب أن يكون معتبرًا بعدد الأملاك لا بعدد الملاك، أصله غلة الدار وكسب العبد، ولأن مرافق الأموال تتوزع على حسب مقادير أملاك الشركاء فى القلة والكثرة كالربح فى التجارة، ولأن الشفعة مستحقة لإزالة الضرر المتأبد لولاها ولا يمكن إزالته بحق واجب وهو أن يطالب المشترى الشريك بالقسمة فيلزمه ذلك فيدخل عليه الضرر من عدة وجوه: من نقصان قيمة نصيبه إذا قسم، ولزوم أجرة القسام، واستحداث مرافق أخر، وزيادة مؤنة، ووجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملك الملاك لا على عدد رءوسهم، فإذا كانت الشفعة مستحقة لهذا وجب أن يستحق بقدر الملك لأن هذا الضرر إذا وجد يسقط حسب الملك وكذلك إذا رفع.

مسألة

الشفعة بين أهل الميراث على قدر رءوسهم، ومن باع أصل سهم منهم فشركاؤه فى ذلك السهم أحق [بالشفعة][٣] من باقى الورثة، فإن باع جميع أصل سهم سهمهم الذى ورثوه فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب، ولو كان أهل السهام عصبة

---

(١) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٥٤).

(٢) قال الموصلى: (وتقسم على عدد الرءوس وصورته دار بين ثلاثة لأحدهم النصف والآخر الثلث وللآخر السدس باع أحدهم نصيبه فالشفعة للباقين على السواء لاستوائهما فى السبب وهو الاتصال) الاختيار (٢/ ٥٣)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٥١).

(٣) ثبت فى (أ) (بالشركة).

فباع بعض العصبة حق فالشفعة لبقية العصبة ولأهل السهام جميعًا، ولو باع بعض أهل سهم حقه كانت الشفعة لأهل السهم دون العصبة[١].

مثال جملة المسألة: أن يترك الميت جدتين وأختين لأم وإخوة لأب، وله ستة أسهم من اثنى عشر سهمًا من دار أو دكان، فأرادت إحدى الجدتين بيع حقها من السدس فالجدة الأخرى أحق بالشفعة من الشركاء، فإن باعت الجدتان جميعًا فالشفعة لباقى الورثة، وإن باعت إحدى الأختين للأم حصتها فالأخت أحق بالشفعة من الإخوة لأب، فإن باع بعض الإخوة لأب حصتهم فالشفعة بين بقية الإخوة للأب وبين باقى أهل الميراث، فإن كان جميع من ورث الميت عصبة شافعوا بينهم دون الشركاء الأجانب.

فصل

وإنما قلنا إن أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الشركاء، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[٢]، لقوله ﷺ: «الشفعة فى كل شرك»[٣]، [والسهم نوع من الشرك][٤] فوجبت الشفعة فيه، لأنه نوع من الشركة فوجب أن يثبت الشافع فيه اعتبارًا بالشركة فى نفس العقار، وإنما قلنا إن بقية أهل السهم أولى من العصبة، لأنهم أخص منهم بالشركة وآكد أمرًا، لأن سهمهم معلوم مقدر، [وإنما قلنا إن أهل السهام يشاركون فى العصبة لما ذكرناه من قوتهم عليهم][٥]، وإنما قلنا إن جميع ورثة الميت إذا كانوا عصبة تشافعوا بينهم لأنهم أهل ميراث واحد كأهل السهام.

مسألة

كل شقص ملك بعوض ففيه الشفعة إلا أن يعرض ما يقطعها بأى نوع كان من التمليكات من بيع، أو إجارة، أو خلع، أو مهر، أو صلح من أرش جناية، أو قيمة متلف، أو دم عمد، أو خطأ أو غير ذلك من أنواع المعاوضات، فأما ما ملك بغير عوض مثل الهبة بغير الثواب والصدقة ففيها روايتان: إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها. ولا شفعة فى الميراث.

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢٠٦).

(٢) انظر المهذب للشيرازى (١/ ٣٨١)، الأم للشافعى (٣/ ٢٣١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين سقط (ا).

(٥) ما بين المعكوفين سقط (ا).

فصل

وإنما قلنا إن الشفعة واجبة فى أنواع المعاوضات لاتفاقهم على ذلك فى البيع فكان كل عوض بمثابته، [وقلنا إن الشفعة فى النكاح والخلع خلافًا لأبى حنيفة[١]، لأن النكاح نوع معاوضة فإذا ملك به ما يجب فيه الشفعة جاز أن يستحق كالبيع][٢].

فصل

إذا وجبت الشفعة فى المهر فإنها تؤخذ بقيمة الشقص، خلافًا للشافعى فى قوله: إنها تؤخذ بمهر المثل[٣]، لأن ذلك أعدل بين الشفيع والمرأة، وذلك أن النكاح طريقه المواصلة والمكارمة دون محض المعاوضة، فقد يكون مهر المثل ألف دينار وقيمة الشقص مائة فتسامحه فتأخذ الشقص بمهرها، فمتى ألزمنا الشفيع أخذ الشقص بمهر المثل وهو ألف دينار كنا قد حِفْنَا عليه وألزمناه أن يدفع إلى المرأة أكثر مما عاوضت عليه، وكذلك قيمة الشقص ألفًا مثلها مائة، فلو جعلنا للشفيع أخذ الشقص بمائة وهو يساوى ألفا كنا قد حفنا على المرأة لأن الزوج يقول أنا أصدقها هذا الشقص [على أن يقدر مهر المثل فكان الأعدل فى ذلك قيمة الشقص][٤].

فصل

ويؤخذ الشقص فى الصلح عن دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية، لأن الواجب بالعمد القود وإنما تجب الدية بالتراضى أو بتعذر القود، وليس كذلك الخطأ لأن الواجب به الدية والشقص بدل منها، ووجه قوله فى الهبة والصدقة: إنه لا منفعة فيها، اعتبارًا بالميراث لأنه انتقال ملك بغير عوض، ووجه إيجاب الشفعة فيها، اعتبارها بالبيع بعلة أنه انتقال ملك باختيار.

مسألة

ومن باع صفقة واحدة شقصًا تجب فيه الشفعة ومعه عروض وحيوان فللشفيع أخذ

---

(١) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٥١).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال الشيرازى: (لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها أو بما يدل على العقد) المهذب (١/ ٣٧٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

شفعته بحصتها من الثمن، وليس للمشترى أن يقول: لا أدعك تفرق الصفقة، لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه والمشترى دخل على تفريق الصفقة[١].

فصل

لو اشترى أشقاصًا شفيع واحد فأراد الشفيع أن يأخذ شفعته من واحد منها ويترك بقيتها لم يكن له ذلك إلا برضى المشترى، بخلاف الأولى لأن الحق له فى الجميع فهو المختار لتبعيض الصفقة على المشترى فلا يترك وذلك[٢].

فصل

ومن باع شقصًا من رجل وله عدة شفعاء فأراد بعضهم الأخذ بحصته من الشفعة وسلَّم سائرهم: فليس لمريد الشفعة إلا أن يأخذ الكل أو يترك، لأن الباقى إذا تركوا حصل الشقص كأنه ليس له إلا شفيع واحد فلم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك، ولو كان بعض الشفعاء حاضرًا وباقيهم غائب فأراد الحاضر أن يأخذ نصيبه بحصته لم يكن له ذلك لأن تبعيض الصفقة غير جائز ما لم يرض المشترى، وهو ممن له فى الشفعة حق، فإن أخذ الكل ثم قَدِمَ الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا لأن أخذ هذا الشفيع للجميع إنما كان لحق المشترى فى منع تفريق الصفقة عليه، ولأنه مشتر من المشترى، وليس لمن يأخذ الشفعة تفريق الصفقة عليه.

مسألة

الأخذ بالشفعة ثابت للشفيع، ما لم يترك، أو يظهر منه ما يدل على الترك، أو يأت من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك للشفعة، فإن كان غائبًا فلا تنقطع شفعته ولو طالت غيبته [ما طالت][٣] وإن كان حاضرًا فعنه روايتان: إحداهما أنه لا حد فى بطلان الشفعة من المدة، والأخرى أنه ينتظر عليه سنة ثم لا شفعة له بعدها[٤]، وعند أبى حنيفة أنها على الفور كالرد بالعيب فإن أمسك عن المطالبة بها مع علمه وتمكينه منها بطلت[٥]،

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢١٠).
(٢) المدونة الكبرى (٤/ ٢١٠).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٤) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٦٠).
(٥) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٥١)، الاختيار للموصلى (٢/ ٥٤).

وقول الشافعى الصحيح عن أصحابه مثل ذلك[١]، فدليلنا أن المطالبة بالشفعة حق للشفيع، ومن له حق المطالبة فى أى وقت شاء إلا أن يعلم منه ترك له، هذا أصل بنى عليه هذا الباب ولا ينتقض بأعيان المسائل، ولأنه حق فى استيفاء مال لم يكن فيه تفريط أو تدليس فلم يجب المطالبة به على الفور، وأصله الديون، وفيه احتراز من الرد بالعيب، ولأن فى إيجابه المطالبة فورًا ضرر على الشفيع، لأنه قد يعلم ولم يحصل الثمن ولا باع ما يحصل من جهته، فيؤدى ذلك إلى تفويته إياه متى لم يمهل مدة يتمكن فيها من ذلك، وكذلك قد يكون المشترى قد عمَّر وغرس فيلزم الشفيع دفع القيمة إليه، فلا يجوز أن يثبت له حق ويؤخذ باستيفائه على وجه يقتضى تغريمه إياه، وإنما قلنا: إن الغائب لا تنقع شفعته لقوله ﷺ: «فينتظر بها وإن كان غائبًا»[٢]، ولأنه معذور، ولأن تركه المطالبة لغيبته، ولا يمكنه غالبًا المطالبة مع الغيبة.

فصل

فأما الحاضر فوجه القول بأن مدته سنة: فلأنه إذا ثبت أن المطالبة ليست على الفور، وكان الأجل القريب فى معنى الفور، لأنه قد يكون له عذر فى إمساكه عن المطالبة ليُحصل الثمن وقيمة عمارة إن كانت للمشترى فيخاف أن يؤخذ بوزن ما يلزمه فى الحال وربما فى الحال وربما لا يحضره، فوجب ضرب مدة [له ليتسع لما يمكنه معه الأخذ، وكانت السنة أولى الآجال بأن تحد لأنها تجمع ما تجتمع معه العلل فى الصبر والإمهال، وقد جعلت فى الشرع حدا لأحكام عدة فكذلك فى مسألتنا، ووجه رواية التأبيد قوله: «الشريك أحق به»[٣] ولم يعلقه بمدة، ولأنه استيفاء مال فلم يبطل بترك المطالبة كأروش الجنايات.

فصل

إذا وهب الشفيع شفعته قبل وجوبها له][٤] لم يلزمه لأنه لم يملك شيئًا يهبه، ومن

(١) قال النووى: (الأظهر المنصوص فى الكتب الجديدة: أن الشفعة على الفور). روضة الطالبين (١٠٧/٥).

(٢) أخرجه أبو داود فى البيوع (٣/ ٢٨٤) ح (٣٥١٨)، وابن ماجه فى الشفعة (٢/ ٨٣٣) ح (٢٤٩٤)، والترمذى فى الأحكام (٣/ ٦٤٢) ح (١٣٦٩): حديث غريب.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين المعكوفين مطموس فى (أ).

وهب ما لا يملك لم تصح هبته.

فصل

إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أخذه الشفيع بقيمة ذلك العرض، وإن كان بطعام أو غيره مما يكال أو يوزن أخذه بمثله، ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالقدر الذى عاوض المشترى به، فإن كان مما له مثل لزم الشفيع مثله وإلا فقيمته؛ لأن القيمة تقوم مقام المثل عند تعذره.

فصل

عهدة الشفيع على المشترى دون البائع، ودركه فى الاستحقاق لازم للمشترى، وعليه يرجع بالثمن ويرجع المشترى على البائع، وسواء أخذ الشقص قبل قبض المشترى إياه أو بعده فى حياة المشترى أو بعد موته، وقال ابن أبى ليلى: العهدة على البائع فى كل وجه[1]، وقال أبو حنيفة: هى على من يؤخذ الشقص منه كان البائع أو المشترى[2].

فدليلنا أن الشفعة تؤخذ من ملك المشترى دون البائع وذلك أن المبيع حصل فى ملك المشترى بنفس العقد المطلق، ومنه يتلف قبل القبض وبعده، وإن حصل الإيجاب من البائع والقبول من المشترى فقد صح أن يأخذ من المشترى بعد تقرر ملكه عليه فيجب أن تكون العهدة عليه.

فصل

الإقالة لا تسقط الشفعة[3]، لأنها بيع حادث بعد تقرر الملك للمشترى ووجوب الشفعة للشفيع، فأشبهت بيعها من غير البائع. وقد اختلف قوله على من تكون العهدة بعد الإقالة، فقال: تكون على المشترى وتبطل الإقالة، ووجه ذلك ما ذكرناه من اعتباره ببيعه من غير البائع أن للشفيع الأخذ بأول البيعتين ويبطل ما بعده، وقال هو بالخيار إن شاء كتبها على البائع وإن شاء على المشترى، وهذا لأن الشفعة تجب له بالصفقتين بأى ذلك شاء أخذ، والعهدة على من يأخذها منه.

---

(١) قال ابن قدامة: (وقال ابن أبى ليلى وعثمان البتى: عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشترى) المغنى (٥/ ٥٣٤).

(٢) الاختيار للموصلى (٢/ ٥٦)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٥٤).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٦٥).

فصل

إذا بيع سهم فيه الشفعة مراراً والشفيع غائب أو حاضر لم يعلم ثم أراد الأخذ بالشفعة فله أخذها بأى الصفقات: فإن أخذها بآخر صفقة صح ما تقدم من الصفقات، وإن أخذها بالأولى بطل ما بعدها [وترادوا بأصل الأثمان وسواء اتفقت الأثمان أو اختلفت، وإن أخذها][1] بوسطها صح ما قبلها وبطل ما بعدها.

مسألة

وإذا أراد المشترى التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة فله إيقافه عند الحاكم، فإما أخذ أو ترك ليتمكن المشترى مما يريده من البناء والهدم والغرس وغير ذلك مما يتصرف الملاك فى أملاكهم[2].

فصل

ولا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها، لأن الشريك إنما جُعلت له الشفعة ليزول الضرر عنه بدخول من لم يعهد شركته ولا عرف معاملته، وربما طلب بالقسمة فاحتاج إلى استئناف مرافق، فيلحقه فى ذلك ضرر وهذا معنى يختص الشريك به لا يوجد فى غيره، ولأنه إذا رضى بقطع حقه من تملك الشقص كان المشترى أولى بثبوت ملكه عليه.

فصل

إذا بنى المشترى وغرس وعمر ثم جاء الشفيع: فإن شاء أخذ بالثمن وقيمة البنيان والغراس قائماً يوم يأخذه، وإن شاء ترك، وقال أبو حنيفة: يأخذها بالثمن ويجبر المشترى على قلع البناء والغراس إلا أن يكون زرعاً يترك إلى أن يحصد[3]، فدليلنا قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[4] وهذا ليس عرق ظالم، ولأنه غرس أو بناء فى ملك صحيح يملك نفعه فلم يستحق عليه إتلافه، أصله ما لا يستحق عليه فيه شفعة، وإنما قلنا إن القيمة يوم الأخذ لأنه فى ذلك الوقت يحصل منه مشترياً له فاستحق العرض عليه حينئذ.

(١) ما بين المعكوفى سقط من (ب).

(٢) الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٦٤).

(٣) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٥٨، ٣٥٩). الاختيار للموصلى (٢/ ٦١).

(٤) تقدم تخريجه.

فصل

ويتصور ذلك بوجوه منها أن يكون الشريك لم يعلم بالبيع فطالبه شريكه بالبناء والغرس وكتمه البيع ثم ظهر على ذلك، ومنها أن يكون طالبه بالقسمة فبنى وغرس ثم علم بذلك، ومنها أن يكون الشفيع غائبًا فأذن الحاكم للمشترى فى البناء والغرس ثم جاء الشفيع.

فصل

ولو بيعت نخلة بثمرها فإن الشفيع يأخذها مع ثمرتها قائمة كانت أو مجذوذة وللمشترى ما سقى وأنفق، وقال أبو حنيفة: إن كانت قائمة فى رءوس النخل أخذها مع الأصل فإن كانت قد جذت الأصل بقسطه من الثمن[1]، وقال الشافعى: لا يأخذ الثمرة على وجه[2]، فدليلنا أن الثمرة ثابتة فى أصل المبيع غير مزايلة له قد ضمنه الصفقة من غير فعل آدمى فكانت الشفعة ثابتة فيها كالشجر.

مسألة

خيار الشفعة موروث، خلافًا لأبى حنيفة[3]، لقوله ﷺ: «من ترك مالاً أو حقًا فلورثته»[4]، ولأنه خيار لدفع الضرر عن ماله فجاز أن يقوم فيه وارثه مقامه كخيار الرد بالعيب، ولأنه حق مستفاد بالملك فجاز أن يكون موروثًا كثمر الشجر ونماء الماشية.

فصل

إذا بيع شقص بالخيار فلا شفعة حتى يتم البيع ويحصل الاختيار، وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للبائع فلا شفعة وإن كان للمشترى وجبت الشفعة[5]، وإنما قلنا لا شفعة قبل انبرام الخيار اعتباراً به لو كان الخيار للبائع، ولأن الشفعة تستحق بتمام العقد، وما لم يقع الخيار فالعقد غير تام، بدليل أن المشترى ربما لم يشتر فرد الشقص.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٩)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٦٠).

(٢) روضة الطالبين (٥/٩٦)، المهذب للشيرازى (١/٣٧٧).

(٣) الاختيار للموصلى (٢/٥٨) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٦٤).

(٤) أخرجه البخارى فى الكفالة (٤/ ٥٥٧) ح (٢٢٩٨)، ومسلم فى الفرائض (٣/ ١٢٣٧) ح (١٦١٩/١٤).

(٥) الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٦٢).

فصل

إذا بيع الشقص بثمن إلى أجل: فإن شاء الشفيع أخذه بمثل ذلك الثمن إلى أجل إن كان ثقة مليًا أو أتى بثقة مليء يضمن الثمن عنه عند الأجل، وقال أبو حنيفة[١] والشافعي: ليس له أخذه إلا بالثمن حالاً أو الانتظار إلى أن يحل فيأخذه بالنقد[٢]، ودليلنا أن الشفعة تستحق بمثل الثمن الذى بيع الشقص به حتى يدخل الشفيع مدخل المشترى من غير زيادة ولا مرفق بدليل أنه لو اشترى بغلة لم يأخذ صحاحًا، ولو ابتاع بصحاح لم يعط غلة، ولو ألزمنا الشفيع النقد وقد ابتاع نساء لكان ذلك زيادة على الشفيع للمشترى، لأن العرف جارٍ بأن الثمن بالنقد أقل منه بالنسيئة، ولأن المشترى لا يلزمه أن ينقد، فلا يلزم الشفيع إلا ما يلزم المشترى، وإن معناه الأخذ إلى المدة أضررنا به طول تلك المدة فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

واختلف عنه فى الحمام: ففيه روايتان: إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها وذلك مبنى على وجوب قسمته، فالشفعة تتبع القسمة فى الإثبات والنفى[٣].

فصل

وقد اختلف قوله: فى العقار الذى لا يقسم إذا طلب الشريك الشفعة: فقال: فيه الشفعة، وقال: لا شفعة إلا فيما ينقسم[٤]، فوجه إثباتها: قوله ﷺ: «الشفعة فى كل

(١) قال المرغينانى: (وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن صبر حتى ينقضى الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل) الهداية (٤/ ٣٥٧).

(٢) قال الماوردى فيه قولان: (قوله فى القديم وبه قال مالك: أن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن فى ذمته إن كان ثقة وإن كان غير ثقة أقام ضمينًا ثقة قال الشافعى رضى الله عنه: وهذا أشبه بصلاح الناس).

والقول الثانى وبه قال فى الجديد وهو قول أبى حنيفة: أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل ويقال له: أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى حلول الأجل) الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٢٥٣)، المهذب (١/ ٣٧٨).

(٣) الكافى لابن عبد البر. (٢/ ٨٥٢).

(٤) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢٢٤).

شرك»[1]، ولأنه عقار كالذى ينقسم، ووجه نفيها: قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[2] فنبَّه على اعتبار المقسوم، ولأن كل مبيع لا ينقسم فلا تدخله الشفعة كالثوب والعبد.

فصل

للذمى الشفعة فيما باع شريكه المسلم، خلافًا لأحمد[3] وداود لقوله ﷺ: «الشفعة فى كل شرك ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه فإن باعه فالشريك أحق به بالثمن»[4] فعم، ولأنه حق موضوع لإزالة الضرر عن الملك فاستوى فيه المسلم والكافر كالرّد بالعيب.

مسألة

إذا اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن: فالقول قول المبتاع لأنه مدعى عليه والشفيع مدع لاستحقاق الشقص وإزالة ملكه بدون ما يذكره، فكان على المشترى اليمين فإن حلف فإما أخذ الشفيع ما حلفه عليه وإلا ترك، وإن نكل حلف الشفيع وأخذ ما يدعيه، وكل ذلك إذا كان التداعى فيما يشبه فإن أتى أحدهما بما لا يشبه فالقول قول مدعى المشبه[5] مع يمينه لأن العرف بصدقه ويكذب خصمه، إلا أن يكون المبتاع ممن يعلم أنه يبذل مثل ذلك الثمن لكونه ملكًا لا يبالى فيما يبذل، أو جاراً يزيد فى الثمن لحاجته إلى الشقص، وما أشبه ذلك، فإن العرف يُجوِّز فيه ذلك، فإن أقام أحدهما بينة ثبت له ما يدعيه مما تشهد به فإن أقام الآخر بينة حكم بأعدلهما على ما يبينه، فإن تكافئا سقطتا وعاد الأمر إلى أن القول قول المبتاع مع يمينه[6].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن قدامة: (إن الذمى إذا باع شريكه شقصًا لمسلم فلا شفعة له عليه روى ذلك عن الحسن والشعبى) المغنى (٥/٥٥١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال فى المدونة: (قال يشبه أى: يشبه أن يكون ثمنها فيما يتغابن فيه الناس) .

(٦) انظر المدونة الكبرى (٤/٢٠٨، ٢٠٩).

فصل

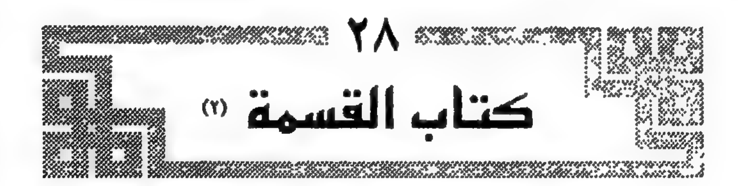
إذا حط البائع عن المبتاع شيئًا من ثمن الشفعة نظر: فإن كان مثلها مما حط في البيوع والباقي يشبه أن يكون ثمنًا للشقص وجب حطه عن الشفيع، وإن كان شيئًا متفاوتًا لا يصلح أن يكون الباقي ثمنًا للشقص فذلك هبة لا توضع عن الشفيع، وسواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة أو بعده، وقال الشافعي: لا يحط عن الشفيع شيئًا أصلا[1]، فدليلنا أن الذي يلزم الشفيع أن يؤدي إلى المشتري ما عاوض على الشقص، والذي عاوض عليه هو ما دونه دون ما يحط عنه، ولأنه إذا حط عنه بعضه علمنا أن الذي أظهره لم يكن الثمن فإن الثمن هو ما بقي بعد الحطيطة، فإذا وضع مالاً يشبه في الباقي أن يكون ثمنًا فإنا نعلم أن ذلك هبة لا تتعلق باستغلاء الشقص واستصلاح ثمنه فلا يحط عن الشفيع.

* * *

(١) الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٢٨٧). المهذب للشيرازي (١/ ٣٧٨).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] [١]



٢٨
كتاب القسمة [٢]

الأصل فى القسمة قوله تعالى: ﴿وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين﴾ [النساء:٨] الآية، وقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[٣] وما روى عن قسمته ﷺ الغنائم وإسهامه بين العبيد المعتقين فى المرض[٤] وقوله ﷺ: «كل مال أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية وما أدركه قسم الإسلام فهو على، قسم الإسلام»[٥] ولأن أحدًا لا يجبر على مشاركة غيره إذا لم يخترها.

فصل

الأعيان المملوكات ضربان: ضرب يصح قسمه وضرب لا يصح قسمه، فالذى لا يصح قسمه هو: الثياب، والحيوان، والرقيق، والعروض وغيرها فهذا يصح قسمة النوع منه دون الأعيان، ولا يصح قسمة أعيان هذه الأشياء كالثوب والعبد والدابة والسفينة

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) القسمة فى اللغة: (التجزئ يقال: قسمه يقسمه وقسمه جزأه والقسم هو النصيب أو الجزء من الشيء المقسوم) القاموس المحيط (٤/ ١٦٤).

وفى الاصطلاح: (تصيير مشاع من مملوك مالكين معينًا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض) شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٩٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم فى الأيمان (٣/١٢٨٨) ح (٥٦/١٦٦٨).

(٥) أخرجه ابن ماجه فى الرهون (٢/ ٨٣١) ح (٢٤٨٥)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٦) ح (٣٥).

وما فى حكم العين الواحدة كالخفين والنعلين والبابين وكل ما فى قسمه إتلاف عينه أو إتلاف النفع به، فهذا النوع لا يصح قسم العين منه لأن القسمة هى فى إقرار الحقوق وأن يميز الإنسان حقه وينفرد به فينتفع به[1] على ما يريده، وقسم هذه الأعيان يفيتها هذا المعنى فيجب منعه، ولأن طالب قسمة العبد والدابة والثوب والسطل وما أشبهه كأنه يقول: أريد أن أتلفه على شريك ملكه وأبطل عليه الانتفاع به ولا أبالى إن أدى ذلك إلى إتلاف ملكى، فلا يُمكَّن من ذلك.

فصل

إذا ثبت أن قسمة كل واحد من هذه الأعيان لا يصح بانفرادها فإذا تشاح الشريكان فيه ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشياع وأراد أحدهما البيع فله ذلك فإن أجابه الآخر أن يبيع حصته معه جاز، وإن أبى أجبر على البيع معه[2]، لأن فى بيع هذا حصته عنه وحده ضرراً عليه لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع عنها إذا بيعت بالجملة فلا يجوز أن يقال: إن الشريك غير مختار لإخراج ملكه ولا يجبر عليه لأنه إذا تعلق بذلك حق لغيره أجبر عليه ولم يلتفت إلى اختياره كالشفعة، ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليها كان لمن أراد الانفراد منهما بحقه أن ينفرد به، فإن أمكن بالقسمة وإلا بالبيع لأنه لا طريق له إلا ذلك، فإذا ثبت أن الشريك يجبر على البيع بما دفع به كان له ذلك لإزالة الضرر عنه إلا إن شاء الشريك بيع حصة مشاعة فلا يلزم بيع حصتة معه، فإن اختار أن يتقاوما رقبة المبيع، فإن زاد على صاحبه سلمه الآخر له، هذا الحكم فيما لا ينقسم آحاده.

فصل

فأما الذى ينقسم أعيانه كالعقار والرباع فما أمكن قسمه منها ولم يعد بالضرر وإتلاف حصة أحد الشركاء قسم بينهم، وما لا يمكن قسمه إلا بلحوق الضرر لجماعتهم وأن يصير لكل واحد ما لا ينتفع به فلا يجوز قسمه لأن ذلك إضرار بنفسه وشركائه، وإن كان يصير لأحد الشركاء ما ينتفع به فطالب بالقسمة وفى القسم إبطال انتفاع الباقى بحصصهم، وقد قيل إن العقار إذا كان مما ينقسم قسم على كل حال إذا دعا بعض

(١) انظر المدونة، الكبرى (٤/ ٢٤٧).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٧٠).

الشركاء إلى القسمة[1].

فوجه القول بأنه يقسم وإن كان يصير لكل واحد منهما ما لا ينتفع به أن القسمة هى تمييز الحقوق فمن دعا إليها كان له ذلك اعتبارًا به إذا حصل للآخر ما ينتفع به، ولأنه يقول: أريد أن أنفرد بملكى وليس على شىء من غيرى فيكون له ذلك، ووجه القول إنه لا يقسم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[2] وهذا من الإضرار، ولأن قسم رقاب العروض والحيوان إنما امتنع لهذا المعنى.

فصل

والقسمة فى الأصل على ثلاثة أوجه:

قسمة مهاياة: وهى أن يتهايأ الشريكان فيأخذ هذا دارًا يسكنها وهذا أرضًا يزرعها فيجوز ذلك بالتراضى وليست بواجبة يجبر عليها من أباها، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة للرقاب.

وقسمة بيع: وصفتها: أن يأخذ أحد الشريكين دارًا على أن يأخذ أحد الشريكين دارًا أخرى أو بستانًا أو دكانًا فهذه قسمة [جائزة][3]، لأنها بيع ومحصولها أن أحدهما باع حصته من الدار بحصة الآخر من الدار الأخرى.

والثالث: قسمة قيمة وتعديل: وذلك إذا كانت الدار مختلفة البناء، والبستان مختلف الغراس يختلف قيمة كل شىء منه من نخل وشجر وبسط فإنها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم، وصفة ذلك تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان فى سهامها كسر إلى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ثم تعدل على أقل السهام بالقيمة فربما كانت جريب من موضع بإزاء ثلاثة أجربة من موضع [آخر][4] على حسب اختلاف قيم الأرض فى مواضعها، فمن حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه، وإن كان أقل من حقه ضم إليه مما يليه تمام حقه[5].

---

(١) انظر المدونة الكبرى (٤/ ٢٤٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) (زائدة).

(٤) ثبت فى (أ) (فى حكم آخر).

(٥) المدونة الكبرى (٤/ ٢٤٢).

ووجه ذلك: أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نظر: فإن تراضوا على أن يجعل لأحدهم من طرف وللباقين من الطرف الآخر جاز، وإن تشاحوا ضرب بالسهم بينهم فمن حصل له بسهم من جهة كانت له، فإن اختلفوا بأى الجهات يبدأ فى الإسهام عليه أسهم على الجهتين فأيتهما خرج سهمها أسهم عليها ثم كان الحكم فيه على ما بيناه.

وصفة القرعة: أن يكتب أسماء الشركاء فى رقاع وتجعل فى طين أو شمع ثم ترمى كل بندقة فى جهة فمن حصل اسمه فى جهة أخذ حقه متصلاً فى تلك الجهة، وقيل: تكتب الأسماء وتكتب الجهات [ثم يخرج أول بندقة من الأسماء ثم أول بندقة من الجهات][1] فيعطى من خرج اسمه نصيبه من تلك الجهة.

فصل

إذا أراد الشريك قسمة دور أو دكاكين أو ضياع: فطلب بعضهم القسم له بحقه فى كل دار أو دكان، وطلب الباقون القسمة على العدد نظر: فإن كانت المنافع متساوية أو متقاربة والمواضع متصلة أو متقاربة ورغبة الناس فيها غير متباعدة قسمت على العدد، وإن كانت المنافع مختلفة والمواضع متصلة [والمنافع متساوية والمواضع][2] متباعدة قسمت كل دار على حدة[3]، وقال أبو حنيفة[4] والشافعى: يقسم فى الوجهين كل دار على حدتها[5].

ودليلنا أن القسمة بالعدد أنفع للفريقين وأبعد على الغرر وأعود بالصلاح لأن الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت وقلَّ الانتفاع بما يصير لكل واحد منهما، وإذا حصل لكل واحد دار كاملة كمل انتفاعهم بها فكان عدولهم عن هذا إلى قسمة أجزاء الدار إيثاراً للإضرار بنفسه وبالشريك فلا يترك وذلك، ولا يلزم عليه الدار الواحدة لأنه لا يمكن فيها إلا قسمة كل عين، فأما إذا كانت المنافع مختلفة مثل السيح والنضح والدار للسكنى

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) المدونة الكبرى (٤/ ٢٤٢).
(٤) الاختيار للموصلى (٢/ ٩٩)، الهداية للمرغينانى (٤/ ٣٧٣).
(٥) انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٣٠٨)، روضة الطالبين (١١/ ٢١١).

والأرض للزرع فإن كل مـلك يقسم على حدة لاخـتلاف الأغـراض فيه ولحـوق الضرر بقسمتها على العدد، وكذلك اختلاف المواضع قائم مقام اختلاف الأغراض والمنافع.

فصل

الحمام والرحى وكل مـا لا يحتمل القسم إلا أنه إذا قسـم بطل الانتفاع به من ذلك الوجه وإن كان ينتفع به لغيره ففى قسمه روايتان[1].

فإذا قلنا: يقسم فإن الانتفاع يحصل بقسـمه ما أشبه سائر العقار، وإذا قلنا لا يقسم لأن فى قسمه إبطال المنفعة المقصودة منه وإتلافها وذلك ضرر فلم يجز.

فصل

أجرة القـسام على الرءوس دون الأنصـباء[2]، خلافًا للشـافعى فى قـوله: إنها على الأنصباء، لأن اختلاف المقادير لا تـوجب زيادة فى فعل القاسم بزيادة السهم بل التعب فيه واحد بل ربما تعب بتميز السهم القليل وإفراده أكثر مما يتعب بتميز الكثير، يبين ذلك أن الدار تكون فيها ثلثان وثمن فيحتاج إلى قسـمتها أثمانًا ولو كانت نصفين لكان أسهل عليه، والأجـرة تستحق على حـسب العمل فى الكثرة والقلة فـإذا كان اختلاف مـقادير الأنصباء يؤثر فى زيادة العمل ونقصانه أو ربما أثر فى القليل مثل تأثيره فى الكثير أو أكثر وجب إطراح هذا الاعتبار وأن يكون معتبراً بعدد الرءوس.

فصل

وإنما قلنا يقسم على أقل السهام لأن صاحب السـهم القليل يحتاج إلى إفراد حقه فلو لم يقسم على أقل السـهام لم يصل إلى غرضه، وليس فى ذلك إضـرار بصاحب السهم الكبيـر لأنه يستوفى حقـه متصلاً ولا يحتـاج معه إلى استـئناف قسمة لصـاحب السهم القليل.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٧٢).

(٢) قال النووى: (تلك الأجرة توزع على قدر الحصص على المذهب وقيل قولان: ثانيهما على عدد الرءوس) روضة الطالبين (١١/ ٢٠٢)، المهذب للشيرازى (٢/ ٣٠٦).

فصل

وإذا اشترك جماعة فى سهم قسم ذلك السهم مع بقية السهام قسمًا واحدا ثم استؤنف القسم بين أهل ذلك السهم إن أرادوا، لأن القسم على قدر أهل السهام وحكم أهل السهم الواحد حكم المالك الواحد فإذا انفردوا بسهمهم صار لهم حكم أنفسهم ألا ترى أن الشفعة بين أهل سهمهم لا يدخل عليها أهل سهم آخر.

باب اللقيط [1]

لا يتبع الصبى أمه فى الإسلام خلافًا لابن وهب، وإليه ذهب أبو حنيفة[2] والشافعى[3]، لأنه يتبع فى الذمة أباه دون أمه فكذلك فى الإسلام، ولأن كل من لا يتبعها فى عقد الذمة لم يتبعها فى عقد الإسلام كالجد والعم.

فصل

والصغير مسلم بإسلام أبيه لا بنفسه خلافًا لأبى حنيفة[4]، لأنه غير مكلف كالمجنون، ولأن كل من يتبع غيره فى الإسلام لم يصح إسلامه بنفسه كالذى يقصر عن التمييز.

فصل

ومن التقط لقيطًا فأنفق عليه فهو متطوع، وإن أراد أن ينفق عليه ويتبعه به فليس ذلك له إما أنفق عليه محتسبًا وإما تركه، وإنما قلنا ذلك لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم الكافة إعانته فليس له أن يجعل عليه دينًا، وسواء استأذن الإمام فى أن ينفق عليه أم لم يستأذنه، خلافًا لمن يقول: إنه يتبعه إذا استأذن الإمام لأنه ليس للحاكم أن يلزم ذمم الصغار ديونًا يتبعون بها مع الغنى عنها، لأن النفقة على أمثال هؤلاء يكون على وجه الحسبة.

فصل

وميراث المنبوذ[5] لبيت المال، لأنه مسلم لا وارث له وليس لملتقطه شىء من ميراثه، لأن الميراث لا يكون إلا بنسب أو ولاء أو نكاح وكل ذلك معدوم بين المنبوذ وملتقطه، والله أعلم وأحكم.

---

(١) اللقيط: هو صغير آدمى لم يعلم أبواه ولا رقه. شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٦٥).

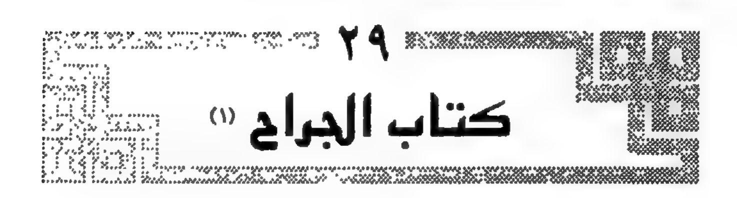
(٢) انظر الهداية للمرغينانى (٢/ ٤٦٣).

(٣) روضة الطالبين (١٠/ ٧٧)، المهذب للشيرازى (٢/ ٢٢٣).

(٤) انظر الهداية للمرغينانى (٢/ ٤٦٣).

(٥) أى: اللقيط.

بسم الله الرحمن الرحيم



٢٩
كتاب الجراح [١]

الأصل فى القصاص قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى...﴾ إلى قوله: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾ [البقرة:١٧٨ ـ ١٧٩] وقوله: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة:٤٥] وقوله ﷺ: «العمد قود كله إلا أن يعفو ولى المقتول»[٢] وقوله: «من قتل له قتيل فأهله بخير النظرين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية»[٣]، فإذا ثبت ما ذكرناه فلا يجب القصاص إلا بأحد ثلاثة أوجه: إما ببينة، أو بإقرار، أو بقسامة، وبيان ذلك يأتى فيما بعد إن شاء الله.

---

(١) الجراح فى اللغة: الجراح جمع جراحة والاسم الجُرح ورجل وامرأة جريح وجَرحى وجرح كسمع أصابته جراحَة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٢١٧، ٢١٨).

وفى الاصطلاح: عرفها الرصاع بقوله: الجرح هو تأثير الجناية فى الجسم. انظر الرصاع شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٢٠).

(٢) أخرجه أبو داود فى الديات (٤/ ١٨٢) ح (٤٥٤٠)، والنسائى فى القسامة (٨/ ٣٥) باب (من قتل بحجر أو سوط) وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٨٠) ح (٢٦٣٠)، والدارقطنى فى سننه (٣/ ٩٣) ح (٤١). انظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٣٢٧).

(٣) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢١٣) ح (٦٨٨٠)، ومسلم فى الحج (٢/ ٩٨٨) ح (٤٤٧/ ١٣٥٥).

باب

الاعتبار فى وجوب القصاص تكافؤ الدماء، فإذا قتل شخص شخصًا ودماؤهما متكافئة جاز أن يجرى بينهما القصاص، وإن كان أحدهما ناقصًا عن الآخر كان القصاص للأعلى منهما على الأدنى ولم يكن للأدنى على الأعلى، والتكافؤ معتبر بالمساواة فى الدين والحرمة الراجعة إلى الحرية: فلا يقتل مسلم قصاصًا بكافر ولا ذمى ولا معاهد ولا كتابى ولا وثنى سواء كان المسلم القاتل حرًا أو عبدًا[1]، ولا يقتل حر بعبد لا بعبد نفسه ولا بعبد غيره ولا بمدبر ولا بمكاتب ولا أم ولد ولا من فيه بقية رق، فإن قتل الكافر مسلمًا أو العبد حرًا قتل به، ويقتل اليهودى بالنصرانى والنصرانى باليهودى، والكفر فى ذلك ملة واحدة، ودماء بعضهم مكافئة لدم بعض.

وإذا قتل ذمى ذميًا ثم أسلم القاتل لم يسقط عنه القود، وكذلك العبد إذا أعتق وقد قتل عبدًا[2]، وإذا جرح الكافر مسلمًا أو قطع طرفه لم يقتص منه وكانت له الدية عليه، وقد قال: يجتهد السلطان فى ذلك. ويحتمل على هذه الرواية القود، وإذا جرح العبد حرًا أو قطع يده لم يستقد منه، ويحتمل على ما قدمناه أن يقاد منه وهو الصحيح.

ودم المرأة مكافئ لدم الرجل وإن تفاضلا فى الديات، وجرحها مكافئ لجرحه فيقتص للرجل من المرأة وللمرأة من الرجل فى النفس وما دونها من الأطراف والجراح، ويقتل الرجل بالمرأة وبجماعة النساء وتقتل المرأة بالرجل وبجماعة الرجال، ولا يجب أخذ شىء من الدية ولا ردها.

ودماء العبيد متكافئة وتقتل منهم الجماعة بالواحد والواحد بالجماعة، والقصاص جار بين الأقارب كجريه بين الأجانب يقتص للأخ من أخيه، ولابن الأخ من عمه وللعم من ابن أخيه، وكذلك الأقرباء سوى الأب فإنه إن قتل ابنه حذفًا فادعى أنه أراد أدبه وأشبه أن يكون كما أدعاه فلا قود عليه وتلزمه الدية مغلظة فى ماله، وأما إن أضجعه فذبحه أو شق جوفه أو فعل به فعلاً يعلم أنه عمد به قتله به فإن عليه القود له إذا تكافأت

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى (٢/ ١٠٩٦).

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الكافى وقال: والعتق مردود لأن سيد المقتول قد ملك العبد القاتل إن لم يفتكه سيده. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٩٧).

دماؤهما، ولو قال فى الحرب أو ما يقبل معه ادعاؤه إرادة غير العمد: أنى تعمدت به قتله قتل به، وحكم الأم والجد فى ذلك بحكم الأب، وقال أشهب: لا يقتل أب بابن وعليه الدية، ومن تعمد قتل امرأته أوجرحها اقتص لها منه.

فصل

وإنما قلنا: إن تكافؤ الدماء معتبرة فى القصاص لقوله ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم»[١]، ولإجماعهم على منع قتل المسلم بالمعاهد والمستأمن، وللاتفاق على وجوب اعتبار ذلك[٢].

فصل

وإنما منعنا قتل المسلم بالكافر، خلافًا لأبى حنيفة[٣]، لقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم»[٤] فدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ، وقوله: «وهم يد على من سواهم»، وقوله: «لا يقتل مسلم بكافر»[٥] وهذا نص، ولأنه ناقص بالكفر كالحربى والمستأمن، وإنما قلنا لا يقتل حر بعبد خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه يقتل بعبد غيره[٦]، ولداود فى قوله: إنه يقتل بعبد نفسه وعبد غيره[٧]، لقوله ﷺ: «لا يقتل حر بعبد»[٨]، ولأنه

(١) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/ ٨١) ح (٢٧٥١) وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٩٥) ح (٢٦٨٥) وأحمد فى المسند (٢/ ٢٨٢) ح (٦٩٨٦).

(٢) انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٣٤).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار، وقال: المراد بقوله ﷺ لا يقتل مسلم بكافر» الحربى لأن الكافر متى أطلق ينصرف إلى الحربى عادة وعرفًا. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٧٩). انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/ ٥٠٤).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٧٢) ح (٦٩١٥)، والترمذى فى الديات (٤/ ٢٤ ـ ٢٥) ح (١٤١٢) وقال: حديث حسن صحيح، والنسائى فى القسامة (٨/ ٢١ـ٢٢) (باب: سقوط القود من المسلم للكافر)، وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٨٧) ح (٢٦٥٨).

(٦) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية، انظر الهداية (٣,٤/ ٥٠٤). انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٣٨)، وهو قول قتادة والثورى وسعيد بن المسيب والنخعى. انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٤٨,٣٤٩).

(٧) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة، وقال: وهو قول النخعى أيضًا. انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٤٩).

(٨) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٣/ ١٣٣) ح (١٥٨) والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٦٣) ح (١٥٩٣٩) =

ناقص بالرق، ودليله إذا كان مملوكًا لقاتـله، ولأنه نوع من القصاص فلم يستحقـه العبد على الحر كالأطراف.

وإنما سوينا بين العبد والمدبر والمكاتب وأم الولد لبقاء أحكام الرق فيهم، وذلك يمنع تساوى الحرم، ولأن أحكام الرق أغلب عليهم بدليل نقصان طلاقهم وحدودهم ومنعت شهادتهم فكذلك فى نفى القصاص.

وإنما قلنا: إن الكافـر يقتـل بالمسلم والعبـد بالحـر لأن دم الأعلى يكافئ دم الناقص ويزيد عليه فإذا قتل الناقص بالأعلى فلم يؤخذ منه زيادة على ما كان يلزمه به وإنما قلنا إن سائر أنواع الكفار يقاد لبعضهم من بعض فلتـساويهم فى النفس بالكفر كأنواع العبيد فى تساويهم فى النقص بالرق.

فصل

وإنما قلنا: إن إسلام الذمى لا يسقط عنه القود خلافًا للأوزاعى[1]، وكذلك العبد إذا قتل عـبدًا ثم أعتق القاتل لأنه حـق لأدمى طريقه الحد كسـائر الحقوق، ولأن الاعتـبار بالحدود حال وجـوبها لا حال استيـفائها، ووجه القول بأن المسلـم لا يقتص من الكافر والحر لا يقتص من العبد فى الجراح أن العـضو الذى يقطعه ليس بمكافئ لأعضاء المسلم والحر فكـان كَيَدِ الأشل إنها لا تقطع بيـد الصحـيح، ووجه ثبـوت القصـاص اعتـباره بالنفس.

وإنما قلنا إن الرجل والمرأة يجرى القصاص بينهـما لقوله تعالى: ﴿النفس بالنفس﴾ [المائدة:٤٥]، وقوله ﷺ: «لا يحل دم امـرئ مسلم إلا بأحد ثلاثة أشيـاء. . . فذكر: أو قتل نفس بغـير نفس»[2]، ولأنهـما شخصـان متسـاويان فى الحرمة والديـن كالرجلين والمرأتين.

= وقال: فـى هذا الإسناد ضعـيف، وذكره الحـافظ ابن حجـر وقال: فـيه جويـبر وغيـره من المتروكين، انظر تلخيص الحبير (٤/ ٢٠).

(١) ذكره الشيخ مـوفق الدين بن قدامة. وقال: وهو وجـه عند أصحاب الإمام أحـمد، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٤٢).

(٢) أخـرجه البـخـارى فى الديات (١٢/ ٢٠٩) ح (٦٨٧٨) ومـسلم فى القـسامـة (٣/ ١٣٠٢) ح (٢٥/ ١٦٧٦).

فصل

وإنما قلنا: إنه لا يزاد بينهما فى الدية، خلافًا لقول من يقول: إن الرجل إذا قتل المرأة رد أولياء المرأة نصف دية الرجل[١] لأنه شخص يجب له القصاص على شخص فالتفاضل فى الديات لا معتبر به كالجماعة بالواحد، وإنما قلنا: إن القصاص جار بينهما فى الأطراف وما دون النفس خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن يد الرجل لا تقطع بيد المرأة ولا يد المرأة بيد الرجل[٢]، لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة:٤٥]، ولأنه نوع من القصاص كالقتل، ولأن كل شخصين جرى القصاص بينهما فى النفس فكذلك فيما دونه كالرجلين والمرأتين، وإنما قلنا: إن الجماعة تقتل بالواحدة، خلافًا لداود فى قوله: لا قصاص فى ذلك[٣]، لقوله ﷺ: «العمد قود كله»[٤]، وقوله: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا»[٥] فعم، ولأنه إجماع الصحابة وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قتل سبعة بواحد وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به[٦]، وعن على أنه قتل ثلاثة بواحد[٧]، وعن ابن عباس أنه قال: تقتل مائة بواحد[٨]، ولا مخالف لهم[٩]، ولأن كل حد وجب للإنسان على غيره إذا انفرد بموجب فإنه يجب عليه إن شارك فيه، أصله: حد القذف.

---

(١) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة وقال: روى ذلك عن على رضى الله عنه وهو رواية عن أحمد وحكى ذلك عن الحسن وعطاء، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٧٧).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٨٣)، انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/ ٥١٠).

(٣) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة وقال: وهو رواية عن أحمد وهو قول الزبير والزهرى، وابن سيرين وحبيب بن أبى ثابت وعبد الملك وربيعة وابن المنذر، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٦٦,٣٦٧)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٦٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٣٦) ح (٦٨٩٦)، ومالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٧١) ح (١٣).

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٧٤) ح (١٥٩٧٦).

(٨) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٩/ ٤٧٩).

(٩) كذا ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة ثم قال: ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٦٧).

وإنما قلنا يقطع أطراف الجماعة بطرف الواحد إذا اشتركوا فى قطعه خلافًا لأبى حنيفة[1]، لأنها جناية لو انفرد بها الواحد لزمه القصاص فإذا اشترك فيها الجماعة لزمهم القصاص كالقتل، وإنما قلنا: إن القصاص جارٍ بين الأقارب فلأن القربى لا تمنع تكافؤ الدماء، وهو العلم على وجوب القصاص، وإنما قلنا: إن الأب إذا تعمد قتل ابنه قتل به لعموم الظواهر، ولأنهما شخصان متكافئان فى الحرمة والدين فكان القصاص جارٍ بينهما كالأجانب، وإنما قلنا: إنه إذا ادعى أنه أراد أدبه ولم يرد قتله فإنه يقبل منه إذا أشبه لأن العادة جارية بتبسط الآباء على الأبناء وطلب تأديبهم وربما تبسطوا عليهم بالسيف على عادة العرب فى شدة الحمية مع كونهم غير متهمين عليهم، فإذا جاء من ذلك قتل علم أنه ليس من سببهم، وفى حديث عمر فى الذى دفع إليه وقد قتل ابنه فهمّ بقتله فقيل له: إنه لم يرد قتله وإنه كان من أعز الناس عليه وإنما أراد أدبه فقال: لو أعلم أراد قتله لقتلته به ثم ألزمه الدية[2]، وأجرينا الجد مجرى الأب لحرمة الأبوة وانتفاء التهمة.

فصل

إذا ثبت أنه لا قود عليه فعليه الدية مغلظة فى ماله، وصفة التغليظ مذكورة فى باب الديات، وإنما قلنا: إن الزوج يقتل بزوجته لعموم الظواهر، والأخبار، ووجوب التكافؤ وانتفاء الشبهة كالأجانب.

(١) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/ ٨٥)، انظر الهداية للمرغينانى (٣, ٤/ ٥١٣).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٦٧) ح (١٠)، وأحمد فى المسند (١/ ٦١) ح (٣٥٠)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٦٩) ح (١٥٩٦٣)، والدارقطنى فى سننه (٤/ ٩٥) ح (٨٣).

باب

القتل نوعان عمد وخطأ، وقد اختلف عنه فى نوع ثالث وهو شبه العمد فعنه فيه روايتان: إحداهما: إثباته، والأخرى: نفيه، ووجه إثباته وهو قول أبى حنيفة[١] والشافعى[٢]، لقوله ﷺ: «ألا إن قتيل العمد الخطأ قتيل السوط والعصى ففيه مائة من الإبل أربعون منها خلفة»[٣] فأثبت شبه العمد، ولأن شبه العمد ما قد أخذ شبهًا من العمد وشبهًا من الخطأ فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، فشبهه بالعمد قصده إلى الضرب بما لا يقتل مثله غالبًا وشبهه بالخطأ أنه لم يقصد القتل، فوجب أن يكون له حكم بين الحكمين، ووجه نفيه قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأ﴾ [النساء:٩٢]، وقوله: ﴿ومن يقتل مؤمنًا متعمدًا﴾ [النساء:٩٣] فذكر الخطأ والعمد المحضين ولم يذكر ثالثًا، ولأن العمد معنى معقول وهو قصد الفاعل إلى الفعل والخطأ معنى معقول وهو ما يكون عن غير قصد، ووجه الفعل الواحد بالوصفين يمتنع فلم يجز إثباته.

اختلف عن مالك فى مستحق القتل فعنه فيه روايتان: إحداهما أنه القود فقط ولا تجب الدية إلا بالتراضى، والأخرى أن المستحق بالتخيير بين القود والدية[٤]، والأولى مذهب أبى حنيفة[٥]، والثانية مذهب الشافعى[٦]، فوجه الأولى قوله ﷺ: « العمد قود

---

(١) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية، وقال: وشبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح. انظر الهداية (٣، ٤/ ٥٠٢)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٧٥).

(٢) انظر روضة الطالبين للنووى (٩/ ١٢٣)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤).

(٣) أخرجه أبو داود فى الديات (٤/ ١٩٤) ح (٤٥٨٨)، والنسائى فى القسامة (٨/ ٣٦) باب (كم دية شبه العمد؟ وذكر الاختلاف على أيوب فى حديث القاسم بن ربيعة فيه)، وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٧٧) ح (٢٦٢٧)، وانظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/ ٢٧) ح (٤).

(٤) أى جبرًا وهو قول أشهب، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ٢٤٠)، انظر بلغة السالك (٢/ ٣٥٤).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية للمرغينانى (٣،٤/ ٥٠١)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٧٤).

(٦) انظر روضة الطالبين (٩/ ١٢٢)، وقال الشيخ الماوردى: قتل العمد موجب للقود ولولى المقتول أن يعفو عنه إلى الدية ولا يفتقر إلى مراضاة القاتل، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٢/ ٩٥).

كله»[١]، وقوله: «كتاب الله القصاص»[٢]، ولأنه معنى موجب للقتل فلم يستحق به التخيير بينه وبين المال، أصله: الزنا مع الإحصان.

ووجه الثانية قوله ﷺ: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية»[٣]، ولأنه قود سقط بالعفو فوجب أن تثبت الدية فيه، أصله: إذا عفا بعض الأولياء، ولأن للنفس بدلين القود والدية فلا يستحق على ولى الدم الاقتصار على أحدهما، كما لو قتل له عبد لكان مخيراً إن شاء قتل له قاتله إذا كان ممن يقتل به، وإن شاء استرقه.

فصل

فأما الخطأ المحض فالواجب به الدية لا خلاف[٤]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء:٩٢] وأما شبه العمد إذا أثبتناه وهو قتل الأب لابنه على وجه الشبهة فالواجب به دية مغلظة ويأتى ذلك فيما بعد.

فصل

كل آلة يقتل بها غالبًا فالقود واجب بها كالمحدد والمثقل مثل: الرمح والسيف وسائر أنواع السلاح، والمثقل كالحجارة والصخر والخشب والسندان الحديد وما أشبه ذلك، وما يقتل فزعه كالنار والماء وكذلك صفات القتل من الذبح والشدخ والخنق وإصابة المقتل وشدة الضغط وإمساك النفس وعصر الأنثيين وغير ذلك مما يعلم أن عامده قصد به القتل، كل ذلك واجب به القود، والأصل فى هذه الجملة قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ [البقرة:٢٧٨]، وقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤]، وقوله ﷺ : «العمد قود كله»[٥]، وقوله : «إن شاءوا

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى فى التفسير (٨/٢٦) ح (٤٥٠٠) ومسلم فى القسامة (٣/١٣٠٢) ح (١٦٧٥/٢٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٩/٣٣٩).

(٥) تقدم تخريجه.

قتلوا»[١]، ولأنه لا خلاف فى وجوب القود بقتل السيف، وكذلك سائر الآلات[٢].

فصل

ويقاد من المثقل خلافًا لأبى حنيفة[٣]، لما روى أن يهوديًا رضخ رأس امرأة من الأنصار فأدركت وبها رمق فذكر لها اليهودى فأشارت أن نعم فاعترف فأمر النبى ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين[٤]، ولأنها آلة يقصد بها القتل غالبًا كالمحدد.

فصل

لا قود على الصبيان ولا على المجانين، لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث. . .» فذكر: «الصبى حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق»[٥]، ولا خلاف فى ذلك، وإن قتلوا خطأ على وجه يعلم ذلك منهم فالدية على عواقلهم، فأما إن تعمدوا فعمدهم عندنا خطأ، خلافًا للشافعى فى أحد قوليه: إن عمدهم عمد[٦]، وفائدة ذلك القول بأن عمدهم عمد تجب الدية فى أموالهم، فإذا قيل: إن عمدهم خطأ تجب على عواقلهم، ودليلنا أن عمدهم خطأ قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث. . .»[٧]، ولأن قصد الصبى لا حكم له فكان كخطأ البالغ.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من عمد فضرب رجلاً بحديد محدد مثل السيف والخنجر والسكين وسنان الرمح وما أشبه ذلك مما يشق بحده فمات المضروب من ضربه أن عليه القود. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٤)، انظر الإشراف (٣/ ٧١)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٣٢١).

(٣) ذكره الشيخ الكاسانى وقال: وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبى حنيفة رضى الله عنه، وخالفه فى ذلك أبو يوسف ومحمد فقالا: هو عمد. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٣٣)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٧٥). وقال الشعبى والنخعى والحسن البصرى: لا قود إلا بحديد، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٤٦٢).

(٤) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢١٣) ح (٦٨٧٩)، ومسلم فى القسامة (٣/ ١٢٩٩) ح (١٥/ ١٦٧٢).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر الأم (٦/ ٢٥)، وقال الإمام النووى: وهو أظهر قولى الشافعى. انظر روضة الطالبين (٩/ ١٣٦)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٢/ ٣٣).

(٧) تقدم تخريجه.

فصل

إذا اشترك في القتل من يجب عليه القود ومن لا قود عليه: كالعامد والمخطئ، والبالغ والصغير، والعاقل والمجنون: قتل من يلزمه القود وكان على الآخر بقسطه من الدية، وقال أبو حنيفة[١] والشافعي: لا قود على العامد في ذلك[٢]، ودليلنا قوله: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا»[٣]، وقوله «العمد قود كله»[٤]، ولأنه قاتل عمد كالمنفرد، ولأن الاشتراك في القتل لا يغير الجنس الواجب في الانفراد، أصله: الاشتراك في العمد أو الخطأ.

فصل

وإنما قلنا: إن على الباقين نصف الدية اعتباراً بهم لو انفردوا.

فصل

ومن أمسك رجلاً لغيره فقتله وهو يعلم أنه يريد قتله ظلمًا فعليهما القود، خلافًا لأبي حنيفة[٥] والشافعي في قولهم: لا قتل على الممسك[٦]، لأنه أمسكه لمن يعلم أنه قاتله ظلمًا بغير حق فأشبه إذا أمسكه على سبع حتى أكله أو على نار حتى احترق.

يقاد من السكران لأنه غير معذور بزوال عقله، ولأن لأحكامه أحكام الصاحي في

---

(١) ذكره الشيخ الكاساني، وقال: لو اشترك اثنان في قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد والآخر لا يجب عليه لو انفرد كالصبي مع البالغ والمجنون مع العاقل والخاطىء مع العامد والأب مع الأجنبي والمولى مع الأجنبي لا قصاص عليهما عندنا، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٢٣٥)، انظر الاختيار للموصلي (٤/ ٨٠).

(٢) انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٢٤)، انظر مغني المحتاج (٤/ ٢٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال الشيخ الكاساني: يشترط في القتل أن يكون مباشرة فإن كان تسبيبًا لا يجب القصاص، انظر بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٢٣٩).

(٦) ذكره الإمام النووي، وقال: لو أمسكه فقتله آخر فالقصاص على القاتل دون الممسك ولو أمسكه وحدَّفه لوثبة سبع ضارٍ فافترسه فالقصاص على الممسك لأن الحيوان الضاري يقتل بطبعه عند التمكن وكأنه آلة لصاحب السبب، انظر روضة الطالبين (٩/ ١٣٤)، انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٤٦٣).

وقوع طلاقه، ولزوم قضاء الصلاة له، وحده فى الزنا والقذف فكذلك القود.

فصل

ومن أكره غيره على قتل رجل ظلمًا: فإن كان المأمور ممن يمكنه مخالفة الآمر ولا تلزمه طاعته قتل المأمور المباشر للقتل، وإن كان مكرهًا لا يمكنه مخالفته كالسلطان الذى يخاف من يخالفه أن يقتله أو يجرى عليه مكروه لمخالفته قتلا جميعًا وكذلك العبد مع سيده ودليلنا على وجوب قتل [المباشر أنه قاتل لغيره ظلمًا فوجب أن يقاد به [.....][1]، أصله: غير المكره، ودليلنا على وجوب قتل][2] المكره إذا كانت تلزمه طاعته إذا اضطره إلى قتل غيره ظلمًا وأنه ألجأ إلى قتله فوجب أن يتعلق الحكم بالقتل كالشاهدين زورًا بالقتل، ودليلنا على وجوب قتل المباشر إذا كان لا يمكنه المخالفة أنه قتله لاستبقاء نفسه منه ظلمًا فأشبه إذا جاع فقتله وأكله، ودليلنا على أن الآمر إذا كان ممن لا يلزم المأمور طاعته ولا قود عليه أنه لم يكن منه إلجاؤه إلى قتله كالدال.

اختلف عنه فى النساء هل لهن مدخل فى الدم أو لا، فعنه فيه روايتان[3]: إحداهما أن لهن مدخلاً فيه كالرجال، والأخرى: أنه لا مدخل لهن إذا لم يكن فى درجتهن عصبة، فوجه الأولى: قوله ﷺ: «ومن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الديه»[4] فعم، وقوله «يحلف خمسون منكم»[5]،ولأن القصاص لمستحق على استحقاق الميراث فوجب أن يثبت بتجميع الورثة كسائر الحقوق، واعتبارًا بالرجال، ووجه الثانية: أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة ولسن من أهلها فلم يكن لهن مدخل فى الولاية المستحقة، وإذا قلنا: إن لهن مدخلاً فى ذلك ففى أى شىء لهن مدخل روايتان: إحداهما: فى القود دون العفو لأن العفو إسقاط الحق وليس لهن ذلك، والأخرى فى العفو دون القود.

---

(١) طمس فى جميع الأصول.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ذكرها ابن عبد البر فى الكافى، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٠١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/٢٣٩) ح (٦٨٩٨)، ومسلم فى القسامة (٣/١٢٩١) ح (١٦٦٩/١).

فصل

إذا كان بعض العصبة أصاغر وبعضهم أكابر فإن ولاية الدم للأكابر العقلاء إن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا عفوا، خلافًا للشافعى[1]، لأنها ولاية مستحقة بالتعصيب فلا مدخل للصغير والمجنون فيها، أصلـه: ولاية النكاح، ولا يلزم عليه الغائب لأن الغيبة لا تقطع ولايته.

فصل

لا يستقاد من جـرح ولا يعقل إلا بعد اندماله خلافًا للشافعى فى قـوله: يستقاد فى الحال منه[2] لما روى أنه ﷺ: نهى عن الجرح ليستقاد منه حتى يندمل[3]، ولأنه قد يؤول إلى النفس فيـعاد القـود ثانية وذلك خروج عن المماثلة، ولأن المقتص منه يمـوت قبل الجانى، وربما تلف وبرأ الجانى فيكون فى ذلك تلفًا للقصاص وذلك غير جائز.

فصل

ومن قتل فى الحرم أو الحل ثم يلجأ إلى الحرم قـتل فيه ولم يؤخر إلى الحل، خلافًا لأبى حنيفـة فى قوله: لا يقتل فى الحرم إذا لجـأ إليه ولكن يضجر ويلجـأ إلى الخروج منه[4]، لقـوله ﷺ: «إن شاءوا قـتلوا»[5] ولم يفرق، ولأن كـل موضع جاز اسـتيـفاء القصاص فيه إذا كانت الجناية فيه جاز اسـتيفاؤه فيه وإن وجبت فى غيره كالحل، ولأنه

---

(١) قال الإمام الشـافعى فى الأم: وإذا كان فى ورثة المقتـول صغار أو غيب لم يكن إلـى القصاص سبيل حتـى يحضر الغيب ويبلغ القصر، انظر الأم (٦/ ١١)، وقـال الإمام النووى: لو كان فى الورثة غائب أو صبى أو مجنون انتظر حضور الغائب أو إذنه وبلوغ الصبى وإفاقة المجنون وليس للآخرين الانفراد بالاستيفاء، انظر روضة الطالبين (٩/ ٢١٤).

(٢) ولكن عند الشافعى يستحب ألا يستوفى إلا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية إلى النفس، انظر المهذب للشيرازى (٢/ ١٨٥)، انظر روضة الطالبين (٩/ ٢٢٤).

(٣) أخرجه أحمد فى المسند (٢/ ٢٩١) ح (٧٠٥٢)،والبيهقى فى الكبرى (٨/ ١١٨) ح (١٦١١٥)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٣٧٦-٣٧٧).

(٤) الذى وجدته عند الأحناف أن الحربى إذا التجأ إلى الحـرم لا يباح قتله ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحـرم. والقاتل يكون أولى بهذا الحكم، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ١١٤).

(٥) تقدم تخريجه.

قصاص لو وجد سببه فى الحرم جاز استيفاؤه فيه فإذا وجد فى الحل جاز استيفاؤه فى الحرم كالأطراف.

فصل

إذا جرح رجلاً ثم قتله أو قتل غيره قتل ولم يجرح إلا أن يكون مثل به فإنه يفعل به مثل ما فعله ثم يقتل، وقال أبو حنيفة[١] والشافعى يجرح ثم يقتل[٢]، ودليلنا أن ما دون النفس يدخل فى النفس لأن القتل يأتى عليه لأن الغرض بالقصاص: إما أن يكون التشفى أو إبطال العضو الذى أتلفه على المجروح وأى ذلك كان فحصوله بالقتل أبلغ، فأما إذا مثل به فإنه يمثل به ثم يقتل، لأن التمثيل مقصود بالقصاص منه ليقع الارتداع عن مثله فلا يدخل فى القتل كما لم يدخل فيه الجرح الذى لم يقصد به التمثيل، كما يقول: إن من وجب عليه جلد وقتل فإنه يقتل ولا يجلد إلا أن يكون الجلد وجب للفرية بالجلد حينئذ زوال المعرة عن المقذوف وذلك لا يكون إلا بجلد القاذف.

فصل

السراية عن القصاص غير مضمونة خلافًا لأبى حنيفة[٣]، لأنه قطع استحق عليه بسبب كان منه فلم يضمن كالقطع فى السرقة.

فصل

إذا جرح فترامى الجرح إلى زيادة عليه ثم اندمل فإن كان عمداً اقتص منه لجرحه الأول ثم ينظر به فإن بلغ إلى حيث بلغ جرح المجنى عليه فقد استوفى حقه، وإن زاد عليه يضمن الزيادة، فإن نقص لم يقتص منه [ثانية][٤] ولكن يعقل له ما بينهما، وإنما قلنا: لا يقتص منه فيما ترامى إليه لأن ذلك غير متعمد والقصاص لا يكون إلا فى

(١) ذكره الشيخ المرغينانى، وقال: والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن، انظر الهداية للمرغينانى (٣، ٤/ ٥١٤)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٨٦).

(٢) ذكره الشيخ الماوردى، انظر الحاوى الكبير (١٢/ ١٢٢)، انظر روضة الطالبين (٩/ ٢٢٠).

(٣) ذكره الشيخ الكاسانى، وقال: إذا قطع يد رجل عمداً حتى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد: لا شىء عليه. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٣٠٥)، وقال شيخ الإسلام السرخسى فى مبسوطه بوجوب الدية على عاقلة المقتص له. انظر المبسوط (٢٦/ ١٤٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

العمد، وإنما قلنا: إن الزيادة هدر لما قدمناه من أنها زيادة علـى قود مستحق عليه، وإنما قلنا: إن قصر عن جرح المجنى عليه لم يقد منه ثانية لأنـه لا يستحق عليه قود فيما زاد على الجرح المباشر، وإنما قلنا: يعقل له ما بينهما لأنه نقص عن جناية لا قود فيه [فكان فيه الدية][1] كالخطأ.

فصل

وأول الجراح الدامـية وهى التى تدمى الجلد، ثم الخـارصة[2] وهى التى تشـقه، ثم السمحـاق وهى التى تكشطه، ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم، ثم المتـلاحمة وهى التى تقطع اللحم فى عدة مواضع، ثم الملطاءة وهى التى يبقى بينها وبين انكشاف العظم جلد رقيق[3]، ثم الموضحـة وكل ما ذكرناه قـبلها، فإن كـان عمداً ففـيه القود لعـموم الظواهر، ولأن القصـاص ممكن فيه من غـير خوف غالـب على النفس، وإن كان خطأ ففيه الاجتهاد وليس فيه دية مسماة، فأما الموضحة التى توضح عن العظم فإن كانت فى الرأس أو الوجه ففيها نصف عشر الدية، وإن كانـت فى سائر الجسد ففيها حكومة وفى عمدها الـقود أين كانت، ثم الهاشـمة وهى التى تهشم العظم ولا دية فيـها، ثم المنقلة وهى التى تطير فراش العظم منها مع الدواء وفيها عشر ونصف عشر الدية إذا كانت فى الوجه أو الرأس فإن كان فى سائر الجسد فالاجتهاد، ثم المأمومة وهى التى تخرج إلى أم الدماغ وفيها ثلث الدية[4]، وكذلك فى الجائفة وهى التى تصل إلى الجوف.

فصل

الجراح على ضربين: ضرب يتأتى المماثلة فيه، وضـرب لا يتأتى فيه، فما تتأتى فيه نوعان: منه مـا لا يعظم الخطر والخوف منه عـلى النفس غالبًا فالقـصاص فـيه واجب وذلك كالـدامية ومـا بعدها إلى الموضـحة وقطع الأطراف ونـزع العين وغيـر ذلك من

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال الفيـروزآبادى: الحَارِصَةُ بالحاء الشَّجَّةُ تشق الجلد قليلاً. انظر القـاموس المحيط (٢/ ٢٩٧)، وقال الشيخ ابن عرفـة الدسوقى: حارصة بحاء مهملـة فألف فراء فصاد مهملتـين. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٥١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٣).

(٣) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٥١).

(٤) ذكره ابن عبد البـر وقال: ويقال لها آمة. انظر الكافى لابن عبد البـر (٢/ ١١١٤)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٥٢).

الأعضاء، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة:٤٥] وقوله تعالى: ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن﴾ [المائدة:٤٥]، ومنه ما يعظم الخطر فيه على النفس ويخاف التلف بالقصاص منه فهذا لا قصاص فيه؛ لأن القصاص لو ثبت فيه لكان كالأخذ للنفس فى مقابلة الجرح وذلك غير جائز، وقد اختلف فى بعضها ونحن نبينه.

فصل

أما المأمومة والموضحة والجائفة فلا أعلم خلافًا من قول مالك [ألا][1] قود فيها[2]، ويدل عليه حديث العباس عن النبى ﷺ أنه قال: «ليس فى المأمومة ولا الجائفة ولا المنقلة قود»[3] وهذا نص، ولأن الخطر فيها يعظم على النفس فيكون متى اقتصصنا منها قد أخذنا النفس بما دونها.

فصل

وأما المنقلة ففيها روايتان: إحداهما: وجوب القود، والأخرى: سقوطه[4]، فوجه السقوط أن أمرها أخف من المأمومة لأن أكثر ما فيها رض العظم الذى كشفت عنه الموضحة وذلك لا يوجب التلف غالبًا، وذكر مالك عن ربيعة أن ابن الزبير أقاد منها[5]، ووجه نفى القود الخبر الذى رويناه واعتبارًا بالمأمومة لعلة عظم الخطر فيها.

فصل

كسر الفخذ لا قود فيه من المتالف، فأما غير الفخذ ففيه روايتان[6]، وكل ذلك مبنى

---

(١) فى (أ) أن.

(٢) انظر المدونة (٤/٤٣٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٢٥٢)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٠٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه فى الديات (٢/٨٨١) ح (٢٦٣٧)، فى الزوائد: فى إسناده رشدين بن سعد المصرى، أبو الحجاج، المهرى، ضعفه جماعة. واختلف فيه كلام أحمد، فمرة ضعفه، ومرة قال: أرجو أنه صالح الحديث، والبيهقى فى الكبرى (٨/١١٤) ح (١٦١٠١).

(٤) قال مالك فى الموطأ: والأمر عندنا أن فى المنقلة خمس عَشْرَةَ فريضة، انظر الموطأ (٢/٨٥٨).

(٥) انظر الموطأ (٢/٨٥٩).

(٦) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/٤٤١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١٠٣,١١٠٥).

على إمكان المماثلة، فإن فاتت فيه ولم يعظم الخوف على النفس يجب القصاص، وإن اشتد الخوف فلم يجب.

فصل

فأما ما لا يتأتى فيه المماثلة فلا قصاص فيه، لأن معنى القصاص هو المماثلة فإذا عدمت خرج ما يفعله بالجانى عن أن يكون قصاصًا فلم يجب، وتعذر المماثلة يكون بثلاثة أوجه: أحدها: بمعنى يعود إلى العقل كما يقول أصحابنا فى الشلل وذهاب بعض ضوء العين والسمع وقطع ما يمنع بعض الكلام من اللسان فهذا مما تتعذر المماثلة فيه فى الظاهر، والثانى: أن تتعذر المماثلة لفقد المحل مثل أن يقلع أعمى عين بصير أو يضرب أصم أذن سميع فيذهب سمعه وما أشبه ذلك، والثالث: تمنع لعارض المماثلة مع إمكانها قبل حصوله وهو أن يعفو بعض أولياء الجناية فيتعذر القود لأنه لا يمكن استيفاء حقه على الانفراد وهذا يتصور فى القتل.

باب

والدية[١] ثلاثة أنواع: إبل وذهب وفضة لا يؤخذ مما سوى ذلك من عروض ولا حيوان ولا غير ذلك، وموجبها ثلاثة أشياء: قتل خطأ وقتل عمد وقتل شبه العمد، وهى من الإبل مائة، ومن الذهب ألف دينار، ومن الورق اثنى عشر ألف درهم، فأما دية الخطأ فهى خمسة أخماس: خمس بنات مخاض، وخمس بنات لبون، وخمس بنو لبون، وخمس حقاق، وخمس جذاع، وأما دية العمد فأرباع: بنات مخاض، وبنات لبون، وحقاق، وجذاع[٢].

وأما شبه العمد فقد بينا اختلاف قوله فيه، وأنه لا يثبت إلا فى قتل الأب لابنه على وجه الشبهة دون العمد، ودية ذلك عنده وغيره من شبهة العمد إذا أثبته أثلاث: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة: وهى الحوامل، وإذا وجبت مغلظة فإن وجبت على أهل الذهب والورق ففيها روايتان: إحداهما: أنها لا تغلظ ولا تؤخذ منهم زيادة على ما يؤخذ فى دية الخطأ والعمد، والأخرى: أنها تغلظ وفى كيفية تغليظها روايتان:

إحداهما: أنه يلزمه من الذهب أو الورق قيمة الإبل مغلظة ما بلغت ما لم ينقص عن ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم.

والأخرى: أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ فيحصل جزاء زائداً على دية الذهب والورق[٣].

[وإنما قلنا: إن الدية مائة من الإبل لقوله ﷺ فى حديث عمرو بن حزم وغيره: «إن

---

(١) الدية فى اللغة: من وِدْيَةٌ والهاء بدل من الواو تقول: وَدَيْتُ القتيل أديه دِيَةً إذا أعطيت ديته واتديت إذا أخذت الدية وتقول دِ القتيل إذا أمرت وهى حق القتيل والجمع دِيات. انظر المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين البعلى (ص / ٣٦٣)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٣٩٩).

وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هى مال يجب بقتل آدمىٌ حرٌّ عن دَمِه أو بجرحه مقدراً شرعًا لا باجتهاد. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٢١).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٠٨).

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٠٩).

فى النفس مائة من الإبل»[1] ولا خلاف فى ذلك[2]][3].

فصل

وإنما قلنا: إنها من الذهب ألف دينار، والكلام فيه فى موضعين: أحدهما مع أبى حنيفة فى قوله: إنها من الورق عشرة آلاف درهم[4]، والأخرى مع الشافعى فى قوله: إن على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب والورق قيمة المائة من الإبل بالغة ما بلغت من غير اعتبار بألف [دينار ولا باثنى عشر][5] ألف درهم[6].

فدليلنا على أبى حنيفة حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قوَّم الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم[7]، وقد روى ذلك مرفوعًا من طريق عمرو بن حزم على ما ذكره بعضهم[8]، ولأنه تقويم للذهب والورق فيما طريقه الحد والإتلاف فوجب أن يكون كل دينار باثنى عشر درهمًا، أصله: القطع فى السرقة.

ودليلنا على الشافعى أن عمر رضى الله عنه قوَّم الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وذلك بحضرة المهاجرين والأنصار وقد روى

(١) أخرجه النسائى فى القسامة (٨/ ٥٢) باب (ذكر حديث عمرو بن حزم فى العقول واختلاف الناقلين له)، ومالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٤٩) ح (١).

(٢) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ١١٦)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٨٨)، انظر المغنى لموفق الدين بن قدامة (٩/ ٤٨١).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية، انظر الهداية (٣,٤/ ٥٢٣)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٩١).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) قال الإمام النووى: هذا هو القول الجديد والأظهر للشافعى والقديم: يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم، وفى وجه مخرج على القديم عشرة آلاف درهم والاعتبار بالدراهم والدنانير المضروبة الخالصة. انظر روضة الطالبين (٩/ ٢٦١)، انظر مغنى المحتاج للخطيب الشربينى (٤/ ٥٦).

(٧) أخرجه أبو داود فى الديات (٤/ ١٨٢-١٨٣) ح (٤٥٤٢)، ومالك فى الموطأ فى العقول (٢/ ٨٥٠) ح (٢)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعى (٤/ ٣٦٢).

(٨) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ١٣٨) ح (١٦١٧٩).

مرفوعًا، ولأنه نوع مال يجوز إخراجه فى الدية فكان أصلاً بنفسه كالإبل، ولأن الدية معنى جعلته الإبل فيها أصلاً وكان الذهب والورق فيها أصلاً كالزكاة.

وإنما قلنا: لا يؤخذ مما سوى هذه الأصناف خلافًا لأبى يوسف ومحمد فى قولهما: يؤخذ من أهل البقر مائتا بقرة، ومن أهل الغنم ألف شاة، ومن أهل الحلل مائتا حلة يمانية[1]، لما روى أنه ﷺ قضى فى النفس بمائة من الإبل[2]، وهذا يوجب بعين ما يخرج فيه، ولأن الصحابة قوّمت الإبل بألف دينار وأثنى عشر ألف درهم فسلمناه للإجماع، ولم يقومه بغير هذين النوعين، ولأنه نوع من العروض فأشبه العبيد والعقار.

وإنما قلنا: إن دية الخطأ أخماسًا خلافًا لأبى حنيفة فى تفسير الأخماس وجعله مكان بنى لبون بنى مخاض[3]، لما روى سليمان بن يسار أن النبى ﷺ أوجب فى دية الخطأ أخماسًا: فذكر عشرين بنى لبون[4]، ولأنه أنقص من بنات مخاض كالفصلان.

وإنما قلنا: إن دية العمد المحض أرباعًا، خلافًا للشافعى فى قوله: أثلاثًا كالمغلظة[5]، لقوله ﷺ: «وفى النفس مائة من الإبل»[6] وظاهره لا يفيد أقل ما يتناوله الاسم، ولأنه أحد نوعى القتل معتبر بنفسه لا بغيره فلم يجب فى ديته الحوامل كالخطأ ولا يلزم عليه شبه العمد لأنه مشبه بغيره.

وإنما قلنا فى دية التغليظ: إنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة للخبر

(١) ذكره الشيخ الموصلى. وقال: وقالا تجب من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألف شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٩١)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٥٣). وروى مثل هذا القول عن عمر والحسن البصرى وقال عطاء والزهرى وقتادة كما روى عن عمر غير أنهم لم يذكروا الحلل وهو قول ابن أبى ليلى والثورى وطاوس وهو مذهب أحمد بن حنبل، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٨٩)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٤٨١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى، انظر الاختيار (٤/ ٩١)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٥٤).

(٤) أخرجه أبو داود فى الديات (٤/ ١٨٥) ح (٤٥٥٢)، والترمذى فى الديات (٤/ ١٠) ح (١٣٨٦)، والنسائى فى القسامة (٨/ ٣٩) (باب ذكر أسنان دية الخطأ)، وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٧٩) ح (٢٦٣١) وأحمد فى المسند (١/ ٥٨٣) ح (٤٣٠٢).

(٥) ذكره فى الأم، انظر الأم (٦/ ٩٨)، انظر روضة الطالبين للنووى (٩/ ٢٥٦).

(٦) تقدم تخريجه.

الذى روى فى التغليظ[(١)]، وكذلك فى حديث عمر بن الخطاب: أنه أخذ الدية فى قصة المدلجى الذى خذف ابنه مغلظة ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفة ودفعها إلى أخى المقتول[(٢)].

فصل

ووجه قوله: لا تغلظ على أهل الذهب والورق أن التغليظ ابتداء إثبات دية فلا يثبت إلا بسمع ولم يرد سمع إلا فى الإبل، ولأن الصحابة لم تقوم دية التغليظ على أهل الذهب والورق وقومت دية العمد والخطأ، ولأن التغليظ فى الإبل بالسن وهذا لا يتصور إلا فى الإبل.

ووجه إثباتها أنه نوع يؤخذ فى الدية فجاز أن يلحقه التغليظ كالإبل، ولأنه نوع من القتل فوجب أن يلزمه دية أهل الذهب والورق بصفتها كالإبل، أصله: دم الخطأ. ووجه قوله فى صفة التغليظ أنه بقيمة الإبل المغلظة أنه نقل دية إلى دية فوجب أن يكون بقيمة المنقولة، أصلة: دية الخطأ، ووجه قوله الآخر أن الألف دينار[(٣)] لما عدلت للمائة من الإبل فى الخطأ وجب أن يكون القدر الزائد على دية الخطأ هو الزائد عليه فى الذهب.

فصل

وتغلظ فى الجراح كما تغلظ فى القتل[(٤)]، وصفة ذلك أن ينظر الواجب فى الجرح من الدية: فإن كان نصفها أو ثلثها أو عشرها فتدفع إلى المجروح على صفة التغليظ فى الأصل، مثل أن يقطع أصبعه ففيها عشر الدية فيدفع إليه ثلاث حقاق وثلاث جذاع وأربع خوالف.

ما لا قود فى عمده المحض من الجراح لا تغليظ فيه نص عليه عبد الملك، وذلك لأن التغليظ فى الدية هو عوض عند سقوط القود فإذا كان القود غير واجب فلا وجه للتغليظ، واختلف فيما يلزم بقتل الأب الذى لا يجب به قود من دية التغليظ على من يجب: فقال ابن القاسم تكون فى مال الأب حالة، وقال أشهب [وعبد الملك][(٥)] تحملها

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى الأصل الدينار ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/٤٣٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٢٦٧).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

العاقلة حالة[١]، فلابن القاسم أنها وجبت فى غير خطأ لم تحملها العاقلة كالعمد المحض، [ولغيره أنها دية عن عمد فلا قود فيه، وإذا قلنا: إنها على القاتل حالة فلأن كل دية لزمت الجانى فى ماله فإنها حالة كالعمد][٢]، وإذا قلنا: إنها على العاقلة حالة فإنها لما تغلَّظت بالسن والصفة تغلظتها أيضًا بالحلول، ولأن صفتها أغلظ من الخطأ.

فصل

لا تحمل العاقلة إلا دية الخطأ المحض، ولا تحمل دية عمد ولا اعترافًا ولا صلحًا، والأصل فيه أن كل جناية فإن بدلها يستوفى من الجانى، وأما الخطأ فإن العاقلة حملت ديته تخفيفًا عن الجانى ومواساة له لإنه لم يكن منه ما يوجب القود، والعمد طريقه التغليظ، وأما الاعتراف فإنه إقرار على الغير فلا يلزم العاقلة شىء منه، وكذلك الصلح هو ابتداء التزام شىء فلا يجب على العاقلة.

فصل

إذا أقر بقتل خطأ ففيها ثلاث روايات[٣]: إحداها: أنه لا شىء عليه ولا على عاقلته لأن دية الخطأ لا تلزم المخطئ وإنما تلزم العاقلة فكأنه مقر على غيره فلم يلزم شىء العاقلة بإقراره، والثانية: أن إقراره لوث[٤] يقسم معه الأولياء لأنه سبب تقوى دعواهم إذ لا يتهم فيه، والثالثة: أن الدية تلزمه فى ماله لأنه اعتراف بالجناية وادعى أنها على وجه تلزم غيره فقبل منه اعترافه بها ولم يقبل منه ما يلزم غيره بإقراره، وهذا هو الصحيح.

---

(١) ذكرهما فى الرسالة، وهناك وجه ثالث: أنها تكون على القاتل أبًا أو غيره فى ذمته فإن كان له مال أخذ منه وإلا انتظر يسره، انظر شرح الرسالة مع حاشية العدوى (٢/ ٢٧٤)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٧٦).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ذكرها ابن عبد البر فى الكافى أقولاً، وذكر قولاً رابعًا: هو أن الدية تقضى عليه وعلى عاقلته فما أصابه غرمه وما أصاب العاقلة سقط عنها. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٠٧).

(٤) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: اللوث هو الأمر الذى ليس بالقوى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٢٩).

فصل

وتحمل العاقلة ثلث الدية فصاعداً ولا تحمل ما دونه، خلافًا للشافعي[١]، لما رواه ربيعة أن النبي ﷺ عاقل بين قريش والأنصار فجعل على العاقلة ثلث الدية فصاعداً[٢]، ولأنه حمل العاقلة لذلك على وجه التخفيف عن الجاني والمواساة خيفة أن يجحف الأداء به، وهذا إنما يكون في الكثير دون القليل.

فصل

اختلف في الثلث الذي يعتبر فيه: فروى أشهب أن الاعتبار بثلث دية المجروح خاصة، وروى ابن القاسم أنه إذا بلغ ثلث دية المجروح أو الجاني حملته العاقلة[٣]، فوجه الأول أن الاعتبار فيما يلزم الجاني بدية المجني عليه لا بالجاني، كما لو قتلت امرأة رجلاً للزم بقتلها دية رجل، ووجه الثانية أن ثلث الدية يتعلق به حمل العاقلة، أصله: ثلث دية المجروح.

لا تحمل العاقلة من قتل نفسه عمداً ولا خطأ، خلافًا لمن حكى عنه أنه تحمل عن الخطأ[٤]، لأنها جناية منه على نفسه كالجناية على ماله أو العمد، ولأن العاقلة تحمل عنه ما يحصل لغيره عليه تخفيفًا عنه، ولا يتصور أن يجب للإنسان شيء على نفسه أو على غيره بجنايته عليها.

فصل

وتنجم الدية على العاقلة في ثلاث سنين، لما روى أن عمر وعليًا قضيا بالدية على

---

(١) هذا أحد قولي الشافعي والقول الثاني: أن ما دون الثلث لا يضرب لأنه لا يعظم إجحافه بالجاني. انظر روضة الطالبين (٩/ ٣٥٨).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ١٨٩) ح (١٦٣٨٤)، كذا رواه أيوب والمحفوظ أنه من قول سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار.

(٣) ذكره في شرح رسالة أبي زيد القيرواني للإمام أبي الحسن. انظر حاشية العدوي على شرح الرسالة (٢/ ٢٨٠).

(٤) وهذا قول الأوزاعي ورواية عن أحمد وإسحاق. وقال الثوري في رجل وجد في بيته مقتولاً قال: تضمن عاقلته ديته. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٣١)، انظر المغني لموفق الدين (٩/ ٥٠٩).

العاقلة فى ثلاث سنين[١]، ولم يخالف عليهما أحد[٢]، ولأن العاقلة تحملها مواساة للجانى فيجب أن يخفف عنها وكانت فى الأصل من الإبل وقد تكن وقت الوجوب حوامل فلا يجوز أن يكلفوا إذاً حوامل، وفى الثانية لوابن فوجب أن يؤجلوا ثلاث سنين ليجمع لهم ما يشترى به السن المؤقتة.

فصل

واختلف فى البعض فعنه فى ذلك روايتان: إحداهما: أنه تؤخذ حالة ولا تنجم إلا الدية الكاملة، ووجهها اعتبارها بما دون الثلث، والأخرى: أنه تنجم لأنه أرش جناية خطأ بلغ الثلث فأشبه الكاملة، وفى كيفية التنجيم روايتان: إحداهما: النصف فى سنتين لأنه أقرب إلى التخفيف، وليتكامل وضع الحوامل، والثلث فى سنة اعتباراً بتقسيط البعض على الجملة والثلثان فى سنتين، والأخرى أنه يجتهد فيها على ما يرى[٣].

فصل

ولا تحمل النساء ولا الصبيان لأنها على العصبة الذين إليهم القيام بالدم والميراث والنصرة وليس لأموالهم حق، ولا لما يؤخذ من آحادهم حد وإنما هو على الاجتهاد فمن لا قبيلة له عقل عنه المسلمون من بيت المال، ومن كانت نائية عن موضعه عقل عنه أقرب الناس إلى قبيلته، وتحمل جناية المرأة عصبتها وليس على ابنها شىء إلا أن يكون أبوه من عصبتها، وقد قيل يحمل وإن كان أبوه أجنبياً لأن البنوة عصبة بنفسها كالميراث والنكاح.

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ١٩٠) ح (١٦٣٩٠).

(٢) قال ابن قدامة: وجدنا عوام أهل العلم قد قالوا كما روى عن عمر رضى الله عنه وقال: وهو قول الشعبى والنخعى وقتادة وأبى هاشم وعبيد الله بن عمر ومالك بن أنس والشافعى وإسحاق وأبى ثور. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٢٩)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٤٩٣).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٠٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٨٥).

باب : من الديات

وفى العينين الدية، وفى اليدين الدية، وفى الرجلين الدية لورود النص بذلك، وفى حديث عمرو بن حزم: «وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى العين خمسون»[١]، ولأن كل عضو فيه جنس منفعة كاملة وجمال ظاهر فإن الدية تجب بإتلافه ومنافع هذه الأعضاء ظاهرة مقصودة [كاملة][٢] وهى قوام البدن وعماد منفعته فباليدين البطش والتصرف والتمكن من الصناعات، والرجلان مشاركتان لليدين فى النفع وإن انفردتا بنوع يخصهما من المشى والعدو والسفر ونفعهما لا خفاء به، والعينان منفعتهما أيضًا كاملة وجمالهما ظاهر ولهما فى النفع مزية على سائر الأعضاء لأن بمنفعة البصر يتمكن من جميع ما ذكرناه من التقلب فى المعايش والتصرف والاحتيال، وفى الشفتين الدية لأن نفعهما كامل وجمالهما ظاهر.

فصل

وفى ثديى المرأة الدية[٣] لأن منفعتهما مقصودة وهى الإرضاع وجمالهما ظاهر لأنهما من المحاسن المطلوبة، والدية فى ذهابهما أو بعضهما معتبرة بإبطال مخرج اللبن، وفى ثديى الرجل الاجتهاد[٤] لأنه ليس فيهما نفع ظاهر ولا جمال بين.

فصل

وفى الحاجبين حكومة لأنهما زينة فقط بلا منفعة، وكذلك فى سائر الشعر كأهداب العين واللحية لأن الدية لا تتعلق بالجمال المنفرد عن المنفعة، وفى أشراق الأذنين[٥]

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/٤٣٧)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١١٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٢٧٣).

(٤) قال ابن عرفة فيه حكومة. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٢٧٣)، وانظر حاشية العدوى على الرسالة (٢/٢٧٧).

(٥) يقال: شرقت الشاة شرقًا شق أذنها. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/٢٤٩).

روايتان[١]: إحداهما الدية، والأخرى الاجتهاد، فوجه إيجاب الدية ما روى «وفى الأذن خمسون»[٢]، ولأنهما عضوان منهما اثنان فى البدن كاليدين، ووجه الحكومة أن نفعهما غير كامل لأن السمع يقع بغيرهما وأكثر ما فيها مرسل الصوت إلى السمع، ولأن جمالهما غير ظاهر تغطيهما القلنسوة والعمامة كما قال أبو بكر رضى الله عنه.

فصل

وفى العقل الدية لأنه أشرف المنافع وأعلاها وما عداه من المنافع متعلق به لأن به يتمكن من التصرف فى المعاش والمصالح فكان أولى بوجوب الدية.

فصل

فى الأنف الدية إذا قطع مارنه[٣]، لما روى فى الحديث «وفى الأنف إذا أوعب جدعًا الدية»[٤] ولأنه عضو فيه نفع كامل وجمال ظاهر كالبصر وإن قطع بعضه ففيه من الدية بحسابه، وإن أذهب الشم وحده ففيه الدية لأنها منفعة مقصودة كالسمع والبصر، وكذلك إن قطع الأنف وبقى الشم ففيه الدية، وإن ذهبا معًا فى ضربة ففيهما دية واحدة لأن أحدهما من الأخر، وقال بعض شيوخنا القياس أن تكون فيهما ديتان قال: لأن كل واحد إذا انفرد بالذهاب كانت فيه فباجتماعهما لا تسقط.

فصل

وفى السمع إذا ذهب الدية، فكذلك البصر لعظم منفعتهما، فإن ذهب[٥] من إحدى الجهتين ففيها نصف الدية أعنى أن البصر إذا ذهب فى إحدى العينين [ففيه نصف الدية][٦]، والسمع إذا ذهب من إحدى الجهتين ففيه نصف الدية، وإن ضربه فأذهب

---

(١) ذكرهما ابن عبد البر وقال: روى عنه فيهما الدية وروى عنه أنه ليس فيهما إلا حكومة وقال ابن القاسم: ليس فيهما إلا دية واحدة، وقال غيره قياس قول مالك أن تكون فيهما ديتان. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال الفيروزآبادى: المارن الأنف أو طرفه أو ما لان منه. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٢٧١).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى: ب (ذهبا).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

سمعه وبقى أذناه ففى ذهاب السمع الدية، وإن قطع أذنيه وبقى السمع ففيها الدية، وإن ذهبا [فى ضربة واحدة][١] ففيهما الدية، وقال شيخنا الذى حكينا عنه القياس أن تكون فيها ديتان أو دية وحكومة على حسب اختلاف قوله فى الأذنين، ووجه ذلك ما ذكرناه فى ذهاب الشم والأنف.

فصل

وفى الصلب[٢] إذا كسر الدية[٣]، لأنه يذهب به منفعة جليلة مقصودة يتمكن معها من التقلب فى الصنائع والتصرف فى المعاش فذهابه زمانة كقطع الرجلين، وذلك إذا آل إلى القعد، فأما إن قدر على القيام والمشى على قصر ففيه الاجتهاد بحسابه من الدية إن عرف قدر النقص.

فصل

وإذا قطع من اللسان ما منع الكلام ففيه الدية، وإن ذهب بعضه ففيه الدية بحسابه، لما روى فى ذلك مرفوعًا[٤]، ولأن فيه منفعة كاملة مقصودة وجمالاً ظاهراً لأن ضده الخرس الذى يتعذر معه التصرف فى المعاش وغيره إلا على كلفة ومشقة، وفى ذهاب البعض بحسابه اعتباراً بذهاب المنافع التى تجب بذهابها الدية من السمع والبصر وغيرهما.

فصل

وفى الذكر الدية لما روى فى الحديث،وكذلك الأنثيين فإن قطعا معًا ففيهما ديتان[٥]،

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) قال الفيروزآبادى: الصلب بالضم والتحريك عظم من لدن الكاهل إلى العجب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٩٣) وقال الشيخ العدوى: الصلب أى: الظهر. انظر حاشية العدوى على الرسالة (٢/ ٢٧٦).

(٣) قال ابن عبد البر: وفى الظهر يقصم الدية كاملة. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١١)، انظر حاشية العدوى على الرسالة (٢/ ٢٧٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ذكره فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١١)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٢٧٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٧٣).

وإن قطع أحدهما بعد الآخر فى ضربة واحدة ففيها روايتان: إحداهما أن فيهما ديتين، والأخرى أن فى الأولى دية وفى الثانية حكومة[١].

وإنما قلنا: إن فيهما ديتين للجمال بهما والمنفعة الكاملة المقصودة، ووجه القول بأن فيهما ديتين، وإن قطع أحدهما بعد الآخر فى فور واحد قوله «وفى الذكر الدية»[٢] ولم يفرق، ولأن الفور الواحد يجرى مجرى القطع الواحد وأنه لم يسبق أحدهما الآخر، ووجه القول أن فى الثانية حكومة أن التأخر منهما لا منفعة فيه بعد ذهاب الأول فأشبه أن يقطع بعد اندمال الأول.

فصل

وأقل ما يتعلق به الدية من قطع الذكر ذهاب الحشفة لأن المنفعة المقصودة بها تتعلق من اللذة وغيرها، وفى قطع بعضها بحسابها، وما قطع بعد ذلك فبحسابه.

فصل

وفى عين الأعور الدية كاملة، خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى فى قولهما: إن فيها نصف الدية[٤]، لأن فى ذلك إجماع الصحابة روى عن عمر وعثمان وعلى وابن عمر[٥] رضى الله عنهم، ولا مخالف لهم، ولأن الدية تجب بذهاب المنفعة أو بذهاب العضو لأن من ضرب يد رجل فأشلها لزمته الدية، وكذلك لو قطعها فوجدنا منفعة البصر تكمل لذى العين الواحدة إذ يدرك بها مثل ما يدركه ذو العينين أو قريبًا منه، فإذا أتلف عليه فقد أتلف جميع منفعة البصر فكان كمتلف العينين.

---

(١) وهو قول عبد الملك فيما إذا قطعت الأنثيان بعد الذكر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) كذا ذكره فى الفتاوى الهندية، وفى الاختيار قال الشيخ الموصلى: فيها حكومة عدل. انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٢٥)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ٩٧).

(٤) انظر الأم للشافعى (٦/ ١٠٨)، انظر روضة الطالبين (٩/ ٢٧٢) وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٤٣٢).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ١٦٤) ح (١٦٢٩١).

فصل

وفى السن خمس من الإبل، لورود الخبر بذلك[١]، ومقدم الفم والأضراس لوقوع الاسم على الجميع، وإذا ضربت السن فاسودت ففيها العقل لذهاب منفعتها، ثم إذا طرحت بعد ذلك ففيها عقلها أيضًا لذهاب الجمال بها كالأنف يضرب فيذهب الشم ففيه الدية، ثم إذا قطع بعد ذلك ففيه دية أخرى لذهاب الجمال به.

فصل

وإنما قلنا فى الموضحة نصف العشر لقوله ﷺ: «وفى الموضحة خمس من الإبل»[٢]، ولا خلاف فى ذلك[٣]، فإن برئت على شين[٤]، فقال مالك: يزاد فيها بقدره[٥] لأنه نقص حدث عن جناية كما لو كانت فى الجسد، وقال أشهب: لا يزاد بها شىء، ووجه ذلك قوله: «فى الموضحة خمس من الإبل»[٦]، ولم يوجب زيادة عليه، ولأن المقدار إذا وجب فيها لم يكن بعد ذلك حكم. وإنما قلنا: إن فى المنقلة عشر ونصف عشر الدية لقوله ﷺ : «وفى المنقلة خمس عشر فريضة»[٧] ولا خلاف فى ذلك[٨].

[وإنما قلنا: إن فى المأمومة ثلث الدية وكذلك فى الجائفة لأن ذلك مروى فى الحديث ولا خلاف فيه][٩] وإنما قلنا: إن فيما دون الموضحة الاجتهاد وكذلك جراح الجسد

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن المنذر: أجمعوا على أن فى الموضحة خمسًا من الإبل. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٦)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٩٥، ٩٦)، انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٦٤٠).

(٤) قال الفيروزآبادى: شانه يشينه ضد زانه، والمشاين: المعايب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٢٤١).

(٥) انظر المدونة (٤/ ٤٣٤)، وذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٥)، وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هو مشهور المذهب. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٧١)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٢٧٩).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ذكره ابن المنذر وقال: وأجمعوا على أن فى المنقلة خمس عشرة من الإبل. انظر الإجماع (ص ١١٧)، انظر الإشراف (٣/ ٩٧)، انظر ألمغنى لموفق الدين (٩/ ٦٤٦).

(٩) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

والهاشمة لأن مقادير العقل لا تؤخذ بالقياس وليس فى ذلك شرع بتقدير فلم يبق إلا الاجتهاد، ومعنى الحكومة والاجتهاد واحد وهو أن يقوِّم المجنى عليه لو كان عبداً كم يساوى سليمًا لا جراح فيه [فيقال مائة دينار][١] ثم يُقوَّم وبه الجراح فيقال ثمانين ديناراً فيعلم أن الجناية قد نقصت خمس قيمته فيجعل ذلك جزءاً من ديته فيلزم الجانى خمس دية المجروح.

فصل

عقل ما لا قود فيه من الجراح كالمأمومة والجائفة فيه ثلاث روايات: إحداها: أنه على العاقلة، والأخرى: أنه فى مال الجانى، والثالثة: أنه يبدأ بمال الجانى فإن كان فيه وفاء وإلا كان الباقى على العاقلة[٢]، فوجه الأولى: أنها جناية استحق المال بها بنفسها لمنع القود فيها فحملتها العاقلة، أصله: الخطأ، ووجه الثانية: جناية عمد فلم تحملها العاقلة كالذى يجب فيه القود، ووجه الثالثة: أن هذا الجرح قد أخذ شبهًا من العمد وشبهًا من الخطأ ووجدنا شبهه بالعمد أكثر فوجب أن يبدأ بمال الجانى كما يفعل فى دية العمد فإن وفى وإلا تمم من العاقلة لشبهه بالخطأ فى منع أخذ القود.

فصل

وفى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل[٣]، لقوله ﷺ: «وفى كل أصبع [مما هنالك][٤] عشر من الإبل»[٥]، ولأن فى اليد الواحدة والرجل الواحدة خمسون من الإبل والدية تجب فيها بذهاب الأصابع فيجب أن يكون فى كل أصبع عشرة، وفى كل أنملة ثلاثة أباعر وثلث لأن الأنملة ثلثها ففيها ثلث ديتها إلا فى الإبهام ففى كل أنملة منهما خمس لأنهما أنملتان فالأنملة منهما نصفها[٦].

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ذكرها ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى (٢/١١٠٧).

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١١١٣)، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/٢٧٨).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر الموطأ (٢/ ٨٦٠) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٢٧٨).

باب

ودية المرأة على النصف من دية الرجل لقوله ﷺ: «دية المرأة على نصف من دية الرجل»[1]، وأما دية جراحها فإنها تساوى الرجل فيما دون ثلث الدية، ويرجع إلى حساب ديتها فيما زاد على ذلك وإذا قطع لها أصبع أو أصبعان أو ثلاثة أخذت ثلاثين من الإبل فإن قطع بها أربع أصابع أخذت عشرين بحساب ديتها.

وإنما قلنا ذلك خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى[3]، لأنه إجماع أهل المدينة نقلاً، وقد أغلظ سعيد بن المسيب لربيعة [بن أبى عبد الرحمن][4] لما سأله عن ذلك وحاجَّه من طريق المقايسة وقال: أعراقى أنت لما قال له: أحين عظمت مصيبتها واشتد جراحها قل عقلها فقال هى السنة[5]، ولأن كل إتلاف كان موجبه أقل من ثلث الدية فإن الأنثى تساوى الذكر فيه، أصله: دية الجنين.

فصل

دية الكتابى نصف دية المسلم، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: مثل دية المسلم[6]، وللشافعى فى قوله: ثلث دية المسلم[7]، فدليلنا على أبى حنيفة أن الديات موضوعة على

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/١٦٦) ح (١٦٣٠٥)، انظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/٢٨) ح (١٣).

(٢) حيث يقول بأن ديتها فى الجراح أيضًا النصف. انظر الهداية للمرغينانى (٣,٤/٥٢٣)، مرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/١٠٣)، انظر الاختيار للموصلى (٤/٩٢).

(٣) انظر الأم (٦/٩٢) وهو قول الشافعى فى الجديد. أما القديم فكقول الإمام مالك فى أنها تساوى الرجل فى الأطراف إلى ثلث الدية فإذا زاد الواجب على الثلث صارت على النصف. انظر روضة الطالبين (٩/٢٥٧)، انظر المهذب للشيرازى (٢/١٩٧)، انظر مغنى المحتاج (٤/٥٦, ٥٧).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ،ب).

(٥) انظر الموطأ (٢/ ٨٦٠).

(٦) انظر الهداية للمرغينانى (٣,٤/٥٢٤)، انظر الاختيار للموصلى (٤/٩٢)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٥٤).

(٧) انظر الأم للشافعى (٦/٩٢)، انظر روضة الطالبين للنووى (٩/٢٥٨).

التفاضل فى الحرم ألا ترى أن النساء لما انخفضت حرمتهن عن حرمة الرجال نقصت دياتهن عن ديات الرجال فالكافر أخفض حرمة من المسلم للنقص المانع من قول شهادته ومواريثه وإنكاحه للمسلمات والإسهام له فى الغنيمة وغير ذلك، فكذلك يجب أن ينقص عنه فى الدية ولأنها بدل عن النفس فكان الكفر مؤثرًا فى نقصانها كالقصاص، ودليلنا على الشافعى أن كل نوع نقصت ديته عن دية المسلم الذكر إلى جزء منه فإن ذلك الجزء هو النصف، أصله: دية المرأة المسلمة، ولأنه جزء تنقص الدية إليه فلم يجز أن يكون دون النصف اعتبارًا بالربع.

فصل

دية المجوسى ثمان مائة درهم، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنها مثل دية المسلم[1]، لأن عمر بن الخطاب حكم بذلك بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد وكان يكتب إلى عماله بذلك بحضرة المهاجرين والأنصار[2]، ولأن كل جنس لا يؤكل ذبيحته ولا تنكح نساؤه فلا يجب بإتلافه ما يجب بإتلاف المسلم، أصله: الوثنى والمرتد، ولأنا قد بينا أن نقصان الحرم بالأديان يؤثر فى نقصان الدية فلما كان الكتابى أخفض دية من المسلم نقصت ديته عن ديته كذلك المجوسى لما نقصت حرمته عن حرمة الكتابى وجب أن تنقص ديته، وديات نساء أهل الكتاب والمجوس فى نفوسهم وجراحهم على حساب ديات نساء المسلمين من رجالهم.

فصل

وفى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنه لا يبلغ به دية الحر[3]، لأنه مملوك فوجب أن يضمن فى إتلافه بكمال قيمته كالبهائم والسلع، ولأنه نسب يضمن به العبد فوجب أن يضمن بكمال قيمته، أصله: اليد والعين.

---

(١) انظر الهداية (٣، ٤/ ٥٢٤)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٥٤)، انظر غُرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ١٠٤).

(٢) أخرجه البيهقى فى الديات (٨/ ١٧٦) ح (١٦٣٤٠)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: فيه ابن لهيعة وهو ضعيف، انظر تلخيص الحبير (٤/ ٤٠) ح (٦٨).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. وقال: وقال أبو يوسف: تجب قيمته بالغة ما بلغت. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١١٣)، انظر الهداية (٣، ٤/ ٥٥٧).

فصل

فى كل جناية على العبد فيما دون النفس ما نقص عن قيمته إلا فى الشجاج الأربع الموضحة والمنقولة والمأمومة والجائفة ففى كل واحدة من هذه بقيمته بقدر ما فى الحر من ديته، ففى موضحة العبد نصف عشر قيمته وفى منقلته عشر ونصف عشر قيمته، وفى مأمومته ثلث قيمته، وكذلك للجائفة، وقال الشافعى: فى كل جناياته مثل ما فى جنايات الحر من ديته(1).

وإنما قلنا ذلك لأنها جناية على مملوك أتلف جزءاً منه وأثرت نقصًا فيه فوجب أن يكون فيها [بقدر](2) ما نقص من قيمتها، أصله: البهائم، فأما الشجاج الأربع فإنما قلنا إن فيها بقدر ما فى الحر من ديته لأنها قد تبرأ على غير نقص فلو لم يجعل فيها بقدر ما فى دية الحر من قيمة العبد لأدى ذلك إلى بطلانها لأنه ليس هنالك نقص من القيمة يرجع إليه وسائر الجراح بخلافها لأنها تؤثر نقصًا لا محالة.

فصل

ولا تحمل العاقلة قيمة العبد إذا قتل [خطأ](3) خلافًا للشافعى(4)، ولأنها إتلاف مال فلم تحمله العاقلة كالبهائم.

فصل

فى ذكر الخصى الاجتهاد خلافًا للشافعى(5)، لأن منفعته ناقصة لأنه لا ينزل ووطؤه

---

(1) انظر الأم للشافعى (٦/ ٩٠). وقال الإمام النووى: إن كانت الجناية مما يوجب فى الحر بدلاً مقدرًا فقولان أظهرهما وهو الجديد: أن الواجب فيها جزء من القيمة. والثانى: الواجب ما نقص من قيمته. وإن كانت الجناية لا توجب مقدراً فى الحر فواجبها فى العبد ما نقص من القيمة بلا خلاف وعلى الأظهر فيكون فى يد العبد نصف قيمته وفى يديه قيمته وفى أصبعه عشرها وكذا. انظر روضة الطالبين (٩/ ٣١١،٣١٢).

(2) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(3) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(4) حيث قال: وإن جنى عليه خطأ فقيمته على عاقلة الجانى. انظر الأم للشافعى (٦/ ٢٣). وقال الشيخ الخطيب الشربينى هو قول الشافعى الجديد وهو الأظهر، والقديم أنها على الجانى لأنه مضمون بالقيمة فأشبه البهيمة. انظر مغنى المحتاج (٤/ ٩٨).

(5) حيث قال: فيه الدية تامة. انظر الأم للشافعى (٦/ ١٠٦)، انظر روضة الطالبين (٩/ ١٩٥).

ناقص ولزوجته الخيار إذا تزوجته فلم يستحق به كمال الدية وكذلك فى اليد الشلاء لأن منفعتها معدومة وهى ميتة فلا يجب القصاص بها من الصحيحة، وكذلك العين القائمة.

فصل

إذا قتل عبد عبداً أو حراً فأولياء المقتول بالخيار إن شاءوا قتلوا لأن دمه مكافئ لدم العبد وناقص عن دم الحر، وإن شاءوا استرقوه لأن جنايته متعلقة برقبته فسيد القاتل بالخيار إن شاء افتكه بأرش الجناية وهى قيمة العبد المقتول أو دية الحر، وإن شاء أسلمه فصار ملكًا للمجنى عليه[1].

وإنما قلنا: إنه مخير لأن سيد العبد المقتول قد أسقط حقه من القصاص إلى أخذ بدل عن جنايته وهو غير مستحق للرقبة بنفس الجناية دون إسلام السيد إياها، والذى وجب له الأرش فإذا بذل له فقد سقط حقه من الرقبة فإن افتكه سيده بالأرش عاد إلى ملكه كما كان قبل الجناية، وإن امتنع أن يفديه لزمه إسلام رقبته وصار ملكًا للمجنى عليه، وإنما قلنا ذلك لما قدمناه أن الجناية تعلق شىء برقبته وجعل لسيده افتكاكه ورده إلى ملكه فإذا لم يختر ذلك فقد رضى بتركه.

وقال أصحاب الشافعى: يخير سيد العبد القاتل بين أن يفديه بالأرش أو يسلمه ليباع فيكون لسيد المقتول جميع ثمنه إن كان بإزاء الأرش، أو دونه وليس له شىء آخر إن كان الأرش أكثر من ثمنه، فإن زاد الثمن على الأرش كان له منه بقدر الأرش وكان الفاضل لسيده، وليس له أن يملك رقبته[2].

ودليلنا أن الجناية لا تخلو أن تكون متعلقة برقبة العبد أو بمال السيد: فإن كانت متعلقة بمال السيد وجب أن يؤخذ من سائر ما يملكه من العبد وغيره ولا يبطل بتلف العبد كسائر الجنايات وذلك باطل، وإن كانت متعلقة برقبة العبد وجب أن يستحق الرقبة بدلاً من أرش الجناية لتعلقها به لأنه ليس معنى تعلقها بالرقبة أكثر من أن حق المجنى عليه قد انتقل إليها فكان له بأن يملكها، وإنما جعل للسيد إسقاطها عن الرقبة ببدل فإذا لم يفعل فقد اختار تسليمها.

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٩٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٤١).
(٢) انظر الأم للشافعى (٦/ ٢٢)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ١٠٠).

فصل

السائق والقائد والراكب ضامنون بجناية الدابة[١] لأن ذلك بتفريط منهم فى إمساكها أو حادث عن إثارتهم لها إلا أن يكون ما فعلته كان ابتداء لا صنع لهم فيه فلا شىء عليهم منه ويكون ذلك هدراً لقوله ﷺ: «جرح العجماء جبار»[٢] أى لا شىء فيه، وكذلك إذا كانت واقفة وحدها بحيث يجوز لصاحبها أن يقفها فأصابت إنسانًا فهو هدر لا شىء فيه.

فصل

وما تلف فى معدن أو بئر من غير فعل أحد فهو هدر[٣] لقوله ﷺ: «البئر جبار والمعدن جبار»[٤]، ولأن تلفه لا صنع لأحد فيه فكان هدراً.

فصل

إذا جرح عدة جراحات تجب فيها عدة ديات فله جميع ذلك، لأن كل جراحة قائمة بنفسها لا يسقط ما يجب بها بمشاركة غيرها لها إلا أن تصير نفسًا فتجب الدية فيه ويسقط ما عداها وذلك إذا مات فى الحال.

---

(١) قال الإمام مالك فى الموطأ: القائد والسائق والراكب كلهم ضامنون لما أصابت الدابة إلا أن تَرْمح الدابة من غير أن يفعل بها شىء ترمح له. وقد قضى عمر بن الخطاب فى الذى أجرى فرسه بالعقل. انظر الموطأ (٢/ ٨٦٩)، انظر المدونة (٤/ ٥٠٧)، انظر حاشية العدوى على شرح الرسالة (٢/ ٢٨٣).

(٢) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٦٥) ح (٦٩١٢)، ومسلم فى الحدود (٣/ ١٣٣٤) ح (٤٥/ ١٧١٠).

(٣) انظر الموطأ (٢/ ٨٦٩)، انظر حاشية العدوى على شرح الرسالة (٢/ ٢٨٣).

(٤) أخرجه البخارى فى الزكاة (٣/ ٤٢٦) ح (١٤٩٩)، ومسلم فى الحدود (٣/ ١٣٣٤) ح (٤٥/ ١٧١٠).

باب

والحكم بالقسامة[1] واجب، وصورتها: أن يوجد قتيل لا يعلم من قتله فيدعى أولياؤه الدم على رجل بعينه أو جماعة بأعيانهم ويكون معه لوث يقوى دعواهم، واللوث[2]: أمارة يغلب معها عند الظن صدقهم، فيحلف الأولياء، على ما يدعونه ويجب لهم فى العمد القود، والدية فى الخطأ ونحن نبين تفصيل ذلك.

فصل

إذا ادعى قوم أن دم مقتول لا يعرف قتله عند رجل بعينه قتله عمدًا، ولا بينة لهم على ذلك والمدعى عليه ينكر: فإن كان معهم لوث حلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعدًا من العصبة خمسين يمينًا تردد الأيمان على عدد رؤوسهم واستحقوا الدم فقتلوا أو عفوا واللوث هو أن يقول المقتول: دمى عند فلان عمدًا إذا كان بالغًا مسلمًا حرا عدلاً أو فاسقًا ذكرًا كان أو أنثى، ومن اللوث الشاهد العدل [يشهد][3] على رؤية القتل أو رؤية المدعى عليه بقرب المقتول عليه بيده سكين أو سيف وثيابه ملوث بالدم.

فأما الشاهد الواحد والجماعة غير العدول والنساء ففيهم روايتان: إحداهما: أن شهادتهم لوث[4]، والأخرى: أنها ليست بلوث، ومن أصحابنا من يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثًا فإذا وجد اللوث بدئ بأولياء الدم على ما بيناه فحلفوا ولهم أن يستعينوا من عصبة الميت بمن يحلف معهم، وإن لم تكن له ولاية فى الدم مثل أن يترك بنين

(١) القسامة فى اللغة بالفتح: اليمين كالقسم بالله تعالى يقال: إنما سمى القسم قسمًا لأنها تقسم على أولياء الدم ويقال: أقسم الرجل إذا حلف. انظر المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين البعلى (ص ٣٦٩)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ١٦٤، ١٦٥).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى هى: حلف خمسين يمينًا أو جزئها على إثبات الدم. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٢٦).

(٢) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: اللوث هو الأمر الذى ليس بالقوى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٢٩).

(٣) ثبت فى (ب) شهير.

(٤) ذكره ابن عبد البر قولاً. وقال: وهو قول ضعيف لا يعمل به ولا يعرج عليه، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٧).

وإخوة وعمومـة فالولاية للبنين: فإن شاءوا حلفوا وإن شاءوا أدخلـوا معهم إخوة الميت وعمومته فخففوا عنهم وحلفوا معهم، وإن كان ولى الدم واحداً لم يحلف وحده ولكن يستعين من عـصبته من يحلف معه، وإن كان ولاة الدم خمـسين حلف كل واحد يميناً واحداً، وإن زادوا على الخمسين ففيها روايتان[١]: إحداهما: يحلف منهم خمسون فقط، والأخرى: أنهم يحلفوا كلهم ويجبـر كسر اليمين بإكمالهـا على من عليه أكثرها، وإذا نكل المستعان بهم من الأيمان لم يؤثر نكولهم وحلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعداً فإن نكل بعض ولاة الدم عن الأيمان وقد بقى اثنان أو أكثر ففيها روايتان[٢]:

إحداهما: أن للباقين أن يحلفوا ويـأخذوا أنصبائهم من الدية، والأخرى أن الأيمان ترد على المدعى عليـه فـإن حلف سـقطت الدعوى عنـه، وأن نكل ففـيـها روايتـان: إحداهما: [أنه يحـبس إلى أن يحلف فإن طال حبسـه خلى، والأخرى: أن الدية تلزمه فى ماله إذا أقسموا ثم عفا بعضهم سقط الدم وكان لمن لم يعف نصيبه من الدية، وهذا فى الولد والإخوة رواية واحـدة، وفى غيرهم من العصـبة روايتان:][٣] إحداهما: مثل هذا، والأخرى: أن من نكل منـهم على الأيمان حلف الباقـون واستحـقوا الدم. ولم يقتل بالقـسامة إلا واحـد ويجلد الباقون كل واحـد منهم مائة [جلدة][٤] ويحبس عاماً

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٩).

(٢) ذكرهما ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١١٩). وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: فى ذلك خمسة أقوال:

أحدها: أنها ترد الأيمان على العاقلة فيحلفـون كلهم ولو كانوا عشرة آلاف والقاتل كواحد منهم ومن حلف لم يلزمه شىء ثم قال: وهذا القول أبين الأقاويل وأصحها فى النظر.

والثانى: يحلف من العاقلة خمسون رجـلاً كل واحد منهم يحلف يميناً فإن حلفوا برئت العاقلة من الدية كلها وإن حلف البعض برىء ولزم بقية العاقلة الدية كلها حتى يتموا خمسين يميناً وهو قول ابن القاسم.

والثالث: أنهم إن نكـلوا فلا حق لهم أو نكل بعضـهم فلا حق لمن نكل ولا يميـن على العاقلة وهو قول ابن الماجشون.

والرابع: أن اليمـين ترد على المدعى عليه وحده فإن حلف برىء وإن نكل غـرم ولا يلزم العاقلة بنكوله شىء وهو رواية ابن وهب.

والخامـس: أن الأيمان ترد على العـاقلة فإن حلفت بـرئت وإن نكلت غرمت نصف الدية قـاله ربيعة، انظر حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير (٤/ ٢٩٥).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

وكذلك قاتل العمد إذا عفى عنه. وإذا ادعى ولاة القتل على جماعة اختاروا واحداً يقسمون عليه ويقتلونه.

وإذا اختلف ولاة الدم فى صفة القتل: فقال بعضهم: [خطأ وقال بعضهم: عمداً أقسموا على القتل وكانت لهم الدية، فإن قال بعضهم][1]: عمداً وقال الآخرون: لا علم لنا بقتله لم يقسم أحد منهم، وإن قال بعضهم: خطأ، وقال الآخرون: لا علم لنا أقسم مدعو القتل وأخذوا حقوقهم من الدية[2]، وقال شيخنا أبو بكر: القياس ألا يقسموا، ولا قسامة فى عبد ولا أمة ولا ذمى ولا فى جراح ولا فى من وجد قتيلاً فى محلة قوم.

وإذا اقتتلت قبيلتان فوجد بينهما قتيل ففيها روايتان: إحداهما: أن وجوده بينهما لوث يقسم معه الأولياء على من يدعون عليه قتله ويقتلونه، والأخرى أنه لا قسامة فيه، فإن كان من إحدى الفريقين فعقله على الأخرى، وإن كان من غيرهما فعقله عليهما[3]، ويجلب فى القسامة إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من كان من أعمالها دون ما زاد على ذلك، والقسامة فى الخطأ واجبة لورثة المقتول من الرجال والنساء يحلف فيها الواحد وحده العصبة وغير العصبة والزوج والزوجة، والأيمان على قدر مواريثهم ويجبر كسرها على من عليه أكثرها، وإذا قال المقتول: قتلنى فلان خطأ ففيها روايتان: إحداهما: أنه لوث والأخرى: أنه ليس بلوث.

فصل

وإنما قلنا: إن الحكم بالقسامة واجب لأن النبى ﷺ حكم بها[4] على ما سنبينه، ولأن فى ترك الحكم بها إضاعة الدماء لأن من يريد قتل غيره إنما يتعمد به مواضع الخلوات[5] التى يأمن فيها من يراه بالغالب، فلو لم يحكم فيها باللوث لم يشأ من يريد قتل غيره ويأمن من أن يأخذ به إلا وفعل من غير تعذر عليه فى الغالب، وقد روى أن القسامة

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٢١)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٢٨٩).

(٣) ذكرهما الشيخ ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٢٢).

(٤) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٣٩) ح (٦٨٩٩)، ومسلم فى القسامة (٣/ ١٢٩٧) ح (١٢/ ١٦٧١).

(٥) ثبت فى (ب) الخلو.

كانت فى الجاهلية فأقرها النبى ﷺ[(١)]، وإنما قلنا: إن أولياء الدم يبدؤون باليمين خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إن الأوليـاء لا يحلفون وإنما الأيمان على المدعى عليهم[(٢)]، لقوله ﷺ للأنصار «أتحلفون خمـسين يمينًا وتستحقون دم صاحبكـم قالوا: لم نحضر، قال: فتحلف لكم اليهـود، فبدأ الأولياء بالأيمان فلما نكلوا عـدل بها إلى المدعى عليهم»[(٣)] ولأن الأيمان فى الأصـول تجب على أقوى المتداعـيين سببًا والأوليـاء قد قوى سبـبهم باللوث الذى يغلب معه على الظن صدقهم فيه فكانت اليمين فى جنبهم.

وإنما قلنا إن أقل من يحلف اثنان لأن أيمـان الأولياء أقيـمت مع اللوث مقـام البينة فلما لم يكف فى البينة شهادة واحدة فكذلك لا يكفى فى الأيمان واحد، وكذلك روى فى الحديث أنه ﷺ عرضها على الجماعة فقال: أتحلفون وتستحقون.

وإنما قلنا: إن الأيمان إلى العصبة فى دعوى دم العمد لأنه ليس طريقها الميراث لأنها مستحقة بالنصرة والولاية كالنكاح فهو كذلك تعقل عن القاتل عصبته دون سائر ورثته، وإنما قلنا: إن الأيمان خمـسون يمينًا لقوله ﷺ للأنصار: «يحلفون خـمسين يمينًا»[(٤)]، ولا خلاف فى ذلك، وإنما قلنا: إن الأيمان ترد عليهم لأنا لو أحلفنا كل واحد خمسين لكانت أيمان القسامة أكثر من خمسين ولم تكن مقدرة وذلك غير صحيح.

وإنما قلنا: إنهـا على عـدد الرؤوس لأنه ليس طريقهـا الميـراث فيـتسـاوون فى كل الأحكام، وإنما قلنا: إنهم يستحقون الدم إذا حلفوا خلافًا للشافعى فى قوله: لا يستقاد بها الدم[(٥)] وقوله ﷺ: «أتحلفـون وتستحقون دم صـاحبكم»[(٦)]، وروى: «قاتلكم»[(٧)]، وقوله «تقسمون خمسـين يمينًا على رجل منهم أدفعه إليكم برمته»[(٨)] ولأنها حجة ثبت

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١١٥)، انظر الهداية للمرغينانى (٣, ٤/ ٥٦٤).

(٣) أخـرجه البـخارى فى الأحكام (١٣/ ١٩٦) ح (٧١٩٢)، ومـسلم فى القـسامـة (٣/ ١٢٩٤) ح (٦/ ١٦٦٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر الأم للشافـعى (٦/ ٧٨) وهو قول الشـافعى القديم، أمـا الجديد فإنه يقـاد بالقسـامة. انظر روضة الطالبين (١٠/ ٢٣).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

بها قتل العمد فوجب أن يستحق بها قتل من ثبت عليه كالشهود.

[وإنما قلنا: إنه لابد من لوث يحلفون معه لأن الأيمان فى الأصل على المدعى عليهم لأنهم أقوى سببًا، ولأنهم بريئون فى الأصل فوجب اعتبار سبب تقوى له جنبة الأولياء ليتمكن نقل الأيمان إليهم دون مجرد الدعوى][١].

فصل

وإنما قلنا: إن قول المقتول فى العمد دمى عند فلان لوث خلافًا لأبى حنيفة[٢] والشافعى[٣]، لقوله تعالى: ﴿فقلنا اضربوه ببعضها﴾ [البقرة:٣٧] والقصة معروفة فى الرجل الذى قتله ابن أخيه ورمى أهل القرية بقتله فأمر الله تعالى بذبح[٤] بقرة وبضرب المقتول ببعضها فإنه يحيى ويخبر بقاتله ففعلوا ذلك فحيى المقتول وقال: قتلنى ابن أخى، فصار ذلك أصلاً فى قبول قول المقتول وتأثيره فى الحكم بدمه، ولأن اللوث سبب ينضم إلى دعوى أولياء المقتول يقوى به دعواهم، وحال الموت حال تقرب إلى الله تعالى وإقلاع عن المعاصى وتوبة من الذنوب هذا هو الظاهر من المسلمين والعادة فيهم فلا يتهمون فى الحال بتزويرهم عند ورودهم على الله، وقتل النفس المحرمة وسفك الدماء المحظورة، ولأنه ليس [أحد][٥] أعدى للإنسان من قاتله فلا يجوز أن يظن به دعوى الدم وغيره.

وإذا ثبتت هذه الجملة كان قوله: دمى عند فلان أمارة قوية فى صدقه، فكان للأولياء أن يحلفوا معه، وإنما شرطنا أن يكون بالغًا لأن الصبى لا حكم لقوله ولا يقتل بدعواه، وشرطنا أن يكون مسلمًا لأن الذمى لا قسامة فيه على ما نبينه، وشرطنا أن يكون حرًا لأن العبد مال والقسامة لا تكون فى مال ولم نشرط أن يكون عدلاً ولا ذكرًا لأن الأيمان لا يراعى فيها ذلك، ولأن الغالب من المسلمين عند الموت انتفاء التهمة وتحرى الصدق.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) انظر المبسوط للسرخسى قيد الطبع بتحقيقنا، وهو قول الثورى والأوزاعى وأحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٢٣).

(٣) ذكره الإمام النووى فى الروضة. انظر روضة الطالبين (١٠/١١).

(٤) فى (ب،هـ) أن تذبح.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب،هـ).

فصل

وإنما قلنا إن الشاهد العدل لوث لأنه يقوى الظن به، ولأن له تأثيراً فى الأصول فى نقل اليمين إلى جنبة المدعى، وسواء رآه أو رأى آثار القتل على من يدعى عليه الدم لأن كل ذلك تقوى معه الدعوى، ووجه قوله فى غير العدل وفى جماعة النساء إن [شهادتهم][1] لوث فلأن الدعوى تقوى بها، ولأن الغالب من حال الجماعة الذين ظاهرهم الإسلام والحرية أنهم لا يشهدون الزور فى الدم.

ووجه قوله إنها ليست بلوث أن شهادة النساء لا مدخل لها فى إثبات الحقوق فلم يكن لوثاً، وإنما قلنا لولاة الدم أن يستعينوا بغيرهم من العصبة فيخففوا عنهم فلأن كلهم عصبة وأهل نصرة والأيمان لهم وكذلك للمدعى عليه أن يستعين بغيره من عصبته فيحلف معه إلا أن يدعى الدم على جماعة فلا يبرأ كل واحد منهم إلا بأن يحلف خمسين يميناً، ووجه قوله إن الأولياء إذا كانوا أكثر من خمسين حلف [كل][2] واحد يميناً واحداً لأن الأيمان حق على كل من كان له نصيب فى الدم فوجب أن يحلف كل واحد، أصله إذا كانوا خمسين رجلاً، ووجه قوله يحلف منهم خمسون فقط أن الخمسين يميناً حاصلة فلم يحتج إلى زيادة عليها، أصله إذا كانوا خمسين أو أقل.

وإنما قلنا إن نكول المستعان بهم لا يؤثر لأنه لا حق لهم فى ولاية الدم ألا ترى أن الدم يستحق مع عدمهم، وكل من لا حق له فى ولاية الدم لم يتعلق سقوط الدم به، ووجه قوله إنه إذا نكل بعض ولاة الدم فلمن بقى[3] أن يحلفوا أو يستحقوا من الدية بقدر أنصبائهم فلأن بنكولهم لم يسقط حق غيرهم فى قتل الخطأ.

وإنما قلنا إن الواجب يكون دية لا دماً لأن الدم لا يتبعض فإن سقط بعضه تعذر أخذ البعض وصار إلى الدية، ووجه قوله إنه ليس لمن بقى أن يحلف وترد اليمين على المدعى عليهم هو أن الحق لجماعتهم فليس بعضهم بإثباته بأولى من بعض وإذا ردت على المدعى عليه: فإن كان واحداً لزمه أن يحلف خمسين يميناً لقوله (أو تبريكم يهود بخمسين يميناً)[4]، ولأنها أيمان تعلقت بإحدى جنبتى القسامة فكانت خمسين يميناً،

(١) ثبت فى الأصل (شهاتهم) ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٣) ثبت فى (أ) فإن الباقين.
(٤) تقدم تخريجه.

أصله فى جنبة المدعين، ولو كانت الدعوى على جماعة حلف كل واحد خمسين يمينًا لأنه يريد إبراء نفسه من الدم فالبراءة من الدم لا تكون بأقل من خمسين.

ووجه قوله إن المدعى عليه إن نكل حبس حتى يحلف فلأن يمينه استظهار، ولأنه لم يتقدمه ما يستحق عليه به مع نكوله حكم وإن طال حبسه خلى لأنه لم يتجه عليه حكم لأن ولاة الدم أضعفوا سببهم وأتمموا[1] دعواهم بنكولهم، ووجه قوله إن الدية تلزمه فى ماله أن نكوله بمنزلة اعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافًا فكانت الدية فى ماله، ولأنه قد اتفق سببان موجبان للحكم وهما اللوث ونكول المدعى عليه فوجب أن يحكم عليه.

وإنما قلنا إنه إذا عفا بعضهم بعد الأيمان كان لمن يعفو أنصباؤهم من الدية لأن القود يتعذر مع عفو من عفا، ولا يجوز أن يبطل الدم بعد استحقاقه فى حق من لم يعف والقود إنما تعذر مع استحقاق بدل الدم فلم يبق إلا الدية، ووجه افتراق الولد والإخوة ومن بعد من العصبات أن قرب الولد والإخوة أمس ورحمهم آكد بدلالة أنهم يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولهم من المزية ما ليس لغيرهم فلم يكن نكول غيرهم مؤثرًا فى سقوط القود، ووجه التسوية بينهم اتفاقهم فى ولاية الدم كالولد والإخوة.

وإنما قلنا لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد خلافًا للشافعى[2]، لقوله ﷺ: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته»[3]، ولأن القسامة أضعف من الإقرار والبينة، ولأن الردع يحصل بقتل واحد منهم.

إذا ثبت أنه يقتل واحد فقط فلا دية على الباقين خلافًا لمن قال [بقسط تقسيط المقتول][4] ويلزم الباقون بقسطهم لأن الباقين لم يثبت عليهم الدم لا بقسامة ولا بغيرها فلا وجه لإلزامهم الدية.

---

(١) ثبت فى (أ،هـ) اتهموا.

(٢) وهو قول الشافعى القديم حيث إنه لا فرق فيه بين أن تكون الدعوى على واحد أو جماعة كالبينة وخرج ابن سريج على القديم أن الولى يختار واحدًا منهم فيقتله قصاصًا ولا يقتل الجميع. والجديد أنه لا يجب القصاص بالقسامة. انظر روضة الطالبين (١٠/٢٣)، انظر مغنى المحتاج (٤/١١٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (هـ) يسقط بقسطه عن المقتول.

وإنما قلنا يضرب من عفى منهم[١] مائة ويحبس سنة لأنه قد روى قاتل العمد إذا عفى عنه ضرب مائة وحبس سنة، ولأنه قد كان يجوز أن يقتل بأن يقسم عليه فلما لم يقتل وجب تأديبه وكان معتبراً بالزانى أن الزنا لما كان مع الإحصان يوجب القتل كان إذا عرى من الإحصان يوجب ضرب مائة وحبس سنة.

وإنما قلنا إن الدم إذا ادعى على جماعة أقسم كل واحد لقوله «يقسم خمسون منكم على رجل منهم»[٢]، ولأنه إنما يقسم عليه ليقتل فإذا لم يقتل أكثر من واحد فلا فائدة فى القسامة على أكثر منه.

وإنما قلنا إن اتفاق ولاة الدم على القتل واختلافهم فى صفته يوجب لهم القسامة وأخذ الدية، لأن القتل يثبت بدعواهم له وأيمانهم، مع اللوث وأكثر ما فى اختلافهم أنه يتعذر معه القود فيصير إلى الدية، فأما إذا ادعى بعضهم العمد ولم يدع الباقون قتلاً فلا قسامة لأنها إنما تثبت[٣] باتفاق الأولياء، دون اختلافهم، ووجه قول مالك أن من ادعى منهم الخطأ أقسم مع جحد الباقين لأن الواجب بقتل الخطأ مال وذلك لا يفتقر إلى اتفاق الأولياء، ووجه ما قاله شيخنا اعتباراً بالعمد، وإنما قلنا لا قسامة فى عبد ولا أمة خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى[٥]، لأنه مال والأموال لا يثبت إتلافها بالقسامة كالحيوان والعروض.

وإنما قلنا لا قسامة فى ذمى لنقصان حرمته عن المسلم والقسامة وضعت حراسة للدماء وحفظًا لها، ولأن بالعبد لما لم تكن فيه قسامة مع زيادة حرمته بالدين فالكافر[٦] مع نقصه بالكفر أولى، وإنما قلنا لا قسامة فى جراح لأن السنة جاءت بها فى القتل،

---

(١) ثبت فى (ب،هـ): من بقى.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) ثبتت.

(٤) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد. وعند أبى يوسف: فلا قسامة فيه ولا دية لأن العبد عنده مضمون بالخطأ من حيث إنه مال. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٢٨٨)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٨١).

(٥) وهو أحد قولين عند الشافعى. وهو الأظهر كما قال الشيخ الخطيب الشربينى. والثانى: لا قسامة فيه بناء على أن بدله لا تحمله العاقلة. انظر مغنى المحتاج (٤/ ١١٤)، انظر روضة الطالبين للنووى (١٠/ ١٠).

(٦) ثبت فى (ب) فكا لكافر.

ولأن حرمة الجراح أخفض من حرمة النفس ألا ترى أنه لا كفارة فيها.

وإنما قلنا إنه لا قسامة فيمن وجد قتيلاً فى محلة قوم خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه لوث إذا كان به أثرًا[1] اعتبارًا به إذا لم يكن به أثر.

ووجه قولنا فى القتيل بين الفئتين أنه يقسم معه أنه يغلب على الظن بحصوله مقتولاً بينهما أن قتله لم يخرج عنهما فكان ذلك لوثًا يوجب القسامة لأوليائه، وهذا كله إذا كان القتال على غير تأويل دين فإن كان بخلاف ذلك فلا قسامة ولا دية ولا قود.

ووجه قوله إنه لا قسامة فيه أن القسامة لا تكون إلا مع لوث فى مشار إليه معين فإذا ثبت أنه لا قسامة، فديته على الفئة التى نازعت إن كان من الأخرى، وعليهما إن كان من غيرهما لعلمنا بأن الطائفتين إنما نصبتا للحرب واقتتلتا وشهرتا السلاح قام كل فريق لا يقتل أصحابه، وإنما يطلب أعداءه وخصومه وقد علمنا أن قتله لم يخرج عنها فكانت ديته عليهما إذ ليس إحداهما بأولى من الأخرى.

وإنما قلنا يجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من أعمالهما فى القسامة تعظيمًا لحرمة الدماء وليرتدع مدعو الدماء إن كانوا مبطلين فى دعواهم تعظيمًا للكعبة، ولقبر النبى، ومنبره وإكبارًا لحرمة هذه المواضع أن يحلفوا الأيمان فيها على سفك الدماء الحرام، ولا يجلب إلى غيرها إلا من اليسير لأنه ليس لغيرها من الحرمة مثل ما لها.

وإنما قلنا إن جميع الورثة يقسمون فى الخطأ أن عدد[2] الأيمان بقدر المواريث لأن الواجب بها ما يرثونه كسائر التركة فاحتاج كل من له حق ميراث إلى تبيينه، وإنما قلنا إذ كسرها يجبر لأن اليمين لا تتبعض فوجب تكميلها وكان من عليه أكثرها أولى بذلك.

وإنما قلنا إن قوله قتلنى فلان خطأ لوث اعتبارًا بقوله قتلنى عمدًا[3]، ووجه التفريق بينهما أن حرمة الدم أغلظ من حرمة المال، وفى الخطأ يتهم أن يريد نفع ولده بإيصال المال إليهم وهو أمر يمكن تلافيه والدم لا يمكن تلافيه، والأول أقيس وهو قول ابن القاسم وأشهب.

---

(١) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار (٤/ ١١٥)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١١٥)، انظر الهداية للمرغينانى (٣,٤/ ٥٦٤).

(٢) ثبت فى (أ) او أن.

(٣) ثبت فى (أ) هذا.

باب

والدية موروثة كسائر التركة كانت عن خطأ أو عمد تغليظ، لأنها مال للمقتول إذ هي بدل عن نفسه ألا ترى أنه يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، وروى الضحاك بن سفيان أن النبى ﷺ كتب إليه أن يُورِّث امرأة أشيم الضبابى من تركة زوجها[1].

فصل

ولا يرث قاتل العمد ولا يحجب، وقاتل الخطأ يرث من المال ولا يحجب فى الدية، وهذا يرد فى المواريث.

فصل

والكفارة فى قتل الخطأ واجبة[2] ولقوله تعالى: ﴿**ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة**﴾ [النساء:٩٢]، [ولا خلاف فيه[3]، ولا تجب الكفارة فى قتل عمد خلافًا للشافعى[4]، لقوله تعالى: ﴿**ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة**﴾ [النساء:٩٢]][5] فدل أن العمد بخلافه، ولأنه معنى موجب للفعل فلم يجب على قاتله كفارة كالزنا مع الإحصان، ولأن الكفارة لتغطية الذنب والمأثم، وقتل المؤمن عمداً أعظم من أن يكفره.

---

(١) ثبت فى (ب) والأولى.

(٢) أخرجه أبو داود فى الفرائض (٣/١٢٩) ح (٢٩٢٧)، وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٨٣) ح (٢٦٤٢)، والترمذى فى الديات (٤/٢٧) ح (١٤١٥) وقال: هذا حديث حسن صحيح. ومالك فى الموطأ فى العقول (٢/٨٦٦) ح (٩).

(٣) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ الكفارة. انظر الإشراف (٣/ ١٣٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٣٧).

(٤) ذكره الإمام النووى فى الروضة. وقال: وحكى الرويانى وجهًا ضعيفًا عن رواية أبو على بن أبى هريرة والطبرى أنه إذا اقتص من المتعمد فلا كفارة فى ماله. انظر روضة الطالبين (٩/ ٣٨٠)، انظر مغنى المحتاج (٤/١٠٧). وهو قول الزهرى ورواية عن أحمد. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٤٠).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

ولا كفارة فى قتل عبد خلافًا للشافعى[1] لأنه مال مقوم فلم تجب بإتلافه كفارة كالبهائم.

فصل

لا كفارة فى قتل كافر خلافًا لمن أوجبها[2] لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة﴾ [النساء:٩٢] فدل على أن الكافر بخلافه، ولأن الكفارة فى قتل المؤمن لحرمته وتحريم دمه وذلك غير موجود فى الكافر، ولأنها لم تجب بقتل العمد وهو مؤمن فكانت بأن لا تجب فى قتل الكافر أولى، واعتبارًا بالحربى والوثنى والمرتد.

فصل

وإذا قتل جماعة رجلاً مؤمنًا فعلى كل واحد كفارة خلافًا لمن قال كفارة واحدة[3]، لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأ﴾ [النساء:٩٢] فعمَّ الاشتراك والانفراد ولأنه قاتل خطأ فأشبه المنفرد.

فصل

والكفارة: إعتاق رقبة، وصيام، ولا إطعام فيها وشرط الإعتاق أن تكون رقبة ليس فيها شرك ولا عقد[4] من عقود العتق، وقد بيَّنا ذلك فى الأيمان والظهار وكذلك فى الصوم.

---

(١) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (٩/ ٣٨٠)، انظر مغنى المحتاج (١٠٨/٤).

(٢) قال أكثر أهل العلم: تجب الكفارة بقتل الكافر المضمون. انظر المغنى لموفق الدين (٣٨/١٠).

(٣) وهو قول أبى ثور والأوزاعى ، وهو رواية عن أحمد بن حنبل ، ورواه أبو على الطبرى عن الشافعى. انظر الإشراف لابن المنذر (١٣٧/٣) انظر المغنى لموفق الدين (٣٩/١٠)، انظر روضة الطالبين (٩/ ٣٨١).

(٤) ثبت فى (ب) عفو.

باب

وفى جنين المرأة الحرة غرة[١] عبد أو أمة لأن النبى ﷺ حكم بذلك فى الجنين[٢] إذا قتل فى بطن أمه، تكون قيمتها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم ليكون بقدر عشر دية أمه كما يعتبر جنين الأمة بعشر قيمتها، ولا خلاف فى ذلك إلا أن أبا حنيفة يقول قيمتها خمسمائة درهم[٣] لأن عنده أن دية الأم خمسة آلاف، وحكى عن قوم أنهم قالوا لا شىء فى الجنين[٤]، وهذا غلط لما رويناه من أنه ﷺ قضى فيه بغرة، وفى حديث أبى هريرة فى المرأتين لما ضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها أنه ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتلة وقضى فى الجنين بغرة فقال المقضى أرأيت من لا شرب ولا أكل ولا صاح ولا استهل أليس مثل ذلك يطل فقال رسول الله ﷺ: «أسجع كسجع الجاهلية»[٥] وقضى فيه بغرة.

[فصل

ودية الجنين موروثة على حسب المواريث، خلافًا لما يحكى الليث بن سعد إن كان قاله أنها للأم وحدها[٦]، لأنها دية نفس آدمى مقتولة فكانت لجميع ورثتها، أصله إذا انفصل حيا][٧].

---

(١) الغرة فى اللغة: بياض فى الجبهة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/ ١٠١). وفى الشرع: دية الجنين المسلم الحر حكمًا يلقى غير مستهل بفعل آدمى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٢٣).

(٢) أخرجه البخارى فى الديات (١٢/ ٢٥٧) ح (٦٩٠٤)، ومسلم فى القسامة (٣/ ١٣٠٩) ح (٣٤/ ١٦٨١).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية. وهو استحسان عند الأحناف. انظر الهداية للمرغينانى (٣,٤/ ٥٣٥)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٠٢).

(٤) وهذا القول هو قياس قولا الأحناف حيث قال الشيخ المرغينانى: والقياس أنه لا يجب شىء لأنه لم يتيقن بحياته. انظر الهداية للمرغينانى (٣,٤/ ٥٣٥)، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٠٢).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر المغنى لموفق الدين (٩/ ٥٤٢).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

وفى جنين الأمة من سيدها [الحر][١] مثل ما فى جنين الحرة لأنه حر من حين[٢] خلق كجنين الحرة، وفى جنين الأمة من غير سيدها عشر قيمتها كما فى جنين الحرة عشر ديتها.

فصل

وفى جنين الكتابية من المسلم مثل ما فى جنين الحرة المسلمة، لأن حكمه حكم أبيه فى الدين فكان فيه نصف عشر دية أبيه على ما بيناه،

فصل

وفى جنين الكتابية من زوجها الكافر عشر ديتها ، كذلك المجوسية اعتباراً بسائر دياتهم.

فصل

إذا استهل صارخًا ففيه الدية بكمالها، وتحملها العاقلة لأن حياته قد ثبتت فقاتله قاتل خطأ، فإن ضرب عمداً ففيه القود بالقسامة[٣] ومن قتل جنينين ففيهما غرتان، ولو ماتت الأم ثم خرج الجنين بعد موتها ميتا فلا شيء فيه خلافًا للشافعى فى إيجابه الغرة فيه[٤]، ولأن تلفه قبل الانفصال كتلف بعض من أبعاضها فيكون تابعًا لا حكم له.

فصل

وإذا طرحت الأمة جنينها فاستهل صارخًا ثم مات ففيه قيمته لأنه عبد كالكبير، وإن لم يستهل صارخًا [ثم مات][٥] ففيه عشر قيمة أمة[٦] اعتبارًا بجنين الحرة أنه يكون معتبراً بأمه.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) خير، وفى (أ) حر.

(٣) فى (أ) بالقسمة.

(٤) انظر الحاوى الكبير للماوردى (٣٨٩/١٢)، وذكره الشيخ الخطيب الشربينى. انظر مغنى المحتاج (١٠٣/٤).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) انظر الكافى لابن عبد البر (١١٢٣/٢)، انظر حاشية العدوى (٢٨٦/٢).

باب

يحبط عمل المرتد[١] بنفس الردة[٢] من غير اعتبار بموته قبل التوبة أو بعدها، وفائدة ذلك أنه إذا عاد إلى الإسلام لم يلزمه قضاء الصلوات التى تركها فى ردته وكان عليه استئناف الحج ويكون حكمه حكم الكافر الأصلى إذا أسلم.

فصل

فأما سقوط قضاء ما ترك من الصلاة فى ردته خلافًا للشافعى[٣]، فلقوله تعالى: ﴿**قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف**﴾ [الأنفال:٣٨] فعمٌ، ولأنها صلاة متروكة فى حال كفره كالكافر الأصلى، أما استئناف الحج خلافًا للشافعى[٤]، فلقوله تعالى: ﴿**لئن أشركت ليحبطن عملك**﴾ [الزمر:٦٥] فأخبر أن الارتداد يحبط العمل فإذا انحبط لزمه إعادة الحج ، ولأنه أسلم عن كفر فلزمه الحج ، ولأنه أسلم كالكافر الأصلى [إذا أسلم][٥].

فصل

إذا اجتمع المرتدون ونصبوا راية الحرب وقاتلوا المسلمين وأتلفوا أموالاً ثم تابوا لم يؤخذوا بشىء من ذلك خلافًا لأحد قولى الشافعى[٦]، لأن أبا بكر الصديق والصحابة لم يضمنوا من رجع من [أهل][٧] الردة، ولأنها فئة ممتنعة أتلفت على وجه التدين فلم يلزمها ضمان كأهل الحرب.

يستتاب المرتد ثلاثًا فإن تاب قبلت توبته وإن أبى قتل وكان ماله فيئًا للمسلمين[٨] ولا

(١) قال الفيروزآبادى: الردَّة من الارتداد وهو الرُّجوع. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٢٩٤). وفى الشرع: كفر بعد إسلام تَقَرَّر. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٣٤).

(٢) ثبت فى (ب) ارتداده.

(٣) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١/ ١٩٠)، المهذب (١/ ٥٠).

(٤) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب للشيرازى (١/ ١٩٥)، انظر مغنى المحتاج (١/ ٤٦٢, ٤٦٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) انظر روضة الطالبين (١٠/ ٥٥, ٨١)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ١٨٢).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) فى ب، هـ . جماعة المسلمين.

يرثه ورثته المسلمون ولا أهل الدين الذى ارتد إليه، وسواء ما ملك قبل ردته أو ما كسبه حال ردته.

وإنما قلنا يستتاب ثلاثًا لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه بلغه أن رجلاً ارتد فقتل قبل أن يستتاب فأنكر[١] ذلك وقال: هلا حبستموه ثلاثًا وأطعمتوه كل يوم رغيفًا فإن تاب وإلا قتلتموه، اللهم لم أمر ولم أرض إذ بلغنى[٢]، ولا مخالف له، ولأنه يجوز أن يكون عرضت له شبهة فإذا روجع وذكّرناه الإسلام زال عنه، ولأن من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار.

وإنما قلنا إن توبته تقبل، خلافًا لمن حكى عنه أنها لا تقبل[٣]، لقوله تعالى: ﴿**وهو الذى يقبل التوبة عن عباده**﴾ [الشورى:٢٥]، وقوله: ﴿**قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف**﴾ [الأنفال:٣٨]، وقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم»[٤]، ولأنها توبة عن كفر يظهر كالكافر الأصلى، وإنما قلنا إنه إذا لم يتب قتل لقوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»[٥]، ولا خلاف فى ذلك[٦].

وإنما قلنا إن المرتدة تقتل خلافًا لأبى حنيفة[٧]، لعموم الخبر لأن كل من جاز أن يقتل بالقتل جاز أن يقتل بالردة كالرجل، ولأنه سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة

---

(١) ثبت فى (أ) (فما أنكر).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/٣٥٩) ح (١٦٨٨٧).

(٣) وهم القائلون بأنه يقتل ولا يستتاب وهو قول عبيد بن عمير وطاوس وهو قول لعطاء فيما إذا كان مسلمًا ممن ولد فى الإسلام ثم ارتد لم يستتب ويقتل وهو رواية عن أحمد. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/١٥٦)، المغنى لموفق الدين (١٠/٧٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الجهاد (٦/١٧٣) ح (٣٠١٧)، وأبو داود فى الحدود (٤/١٢٤) ح (٤٣٥١)، والترمذى فى الحدود (٤/٥٩) ح (١٤٥٨) قال: هذا حديث حسن صحيح والنسائى فى التحريم (٧/٩٦) باب (الحكم فى المرتد) وابن ماجه فى الحدود (٢/٨٤٨) ح (٢٥٣٥)، وأحمد فى المسند (١/٣٦٨ـ٣٦٩) ح (٢٥٥٥).

(٦) ذكره ابن المنذر. وقال: وأجمع أهل العلم بأن العبد إذا ارتد فاستتيب فلم يتب قتل ولا أحفظ فيه خلافًا. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١٢٢)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٧٦).

(٧) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٣/٣٥٢)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/١٣٥).

كالقتل وإنما قلنا إنه لا يورث وأن ماله فىء خلافًا لمن قال إنه يورث[١]، لقوله ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»[٢] ولأنه ممن لا يرث بحال فلم يورث كالعبد، ولأنه مات كافراً فلم يرثه مسلم كالكافر الأصلى، وإنما لم نفصل ما بين ما ملكه قبل ردته أو فى حالها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله أن يورث عنه ما كان له قبل الردة دون ما كسبه فيها[٣]، لأن الخبر عام، ولأنه مال مات عنه فأشبه ما كسبه حال ردته.

فصل

لا تقبل توبة الزنديق: وهو الذى يُسِرُّ الكفر ويظهر الإسلام خلافًا للشافعى[٤]، لأنا لا نصل إلى العلم بتوبته لأنه لم يكن له ظاهر يرجع عنه فيستدل منه على تركه له، ولأن التوبة من المعصية المستتر بها لا تسقط [الحد][٥] الواجب فيها كالزنا والسرقة.

وإذا انتقل الكافر من ملة إلى ملة أخرى من الكفر لم يتعرض له خلافًا للشافعى فى قوله أنه يقتل إذا لم يسلم[٦]، لأن الدين الذى انتقل إليه مما يجوز الإقرار عليه فجاز أن يقر عليه الانتقال كما لو كان ابتداء، ولأنه لو كان يعقوبيًا فصار نسطوريًا لم يتعرض له لأنه انتقال من كفر إلى كفر فكذلك إذا انتقل من النصرانية إلى اليهودية.

---

(١) وهو قول الليث بن سعد وإسحاق بن راهويه والنعمان وروى هذا القول عن على بن أبى طالب والحسن البصرى والشعبى والحكم. وقال الأوزاعى: إذا كان فى دار الإسلام قتل وقسم ماله بين ورثته. وعن الإمام أحمد رواية: أن ماله لورثته من المسلمين أيضًا وعنه أيضًا: أن ماله لقرابته من أهل الدين الذى انتقل إليه وهو قول أبى يوسف ومحمد من أصحاب أبى حنيفة. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٦٣، ١٦٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٨١)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٩٣٤).

(٢) أخرجه البخارى فى الفرائض (١٢/ ٥١) ح (٦٧٦٤)، ومسلم فى الفرائض (٣/ ١٢٣٣) ح (١/ ١٦١٤).

(٣) وهذا قول سفيان الثورى أيضًا. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٤٩)، انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٤٥٩)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٦٣، ١٦٤).

(٤) وهو أحد قولى الشافعى. وهذا القول مروى عن على بن أبى طالب وبه قال عبيد الله بن الحسن وهو قول ابن المنذر. انظر روضة الطالبين (١٠/ ٧٥)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ١٤٠، ١٤١)، انظر الإشراف (٣/ ١٦٢، ١٦٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) انظر الأم (٦/ ١٤٨).

باب

والسحر[١] له حقيقة خلافًا لمن نفاه[٢]، لقوله تعالى: ﴿ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر﴾ [البقرة:١٠٢] فجعلهم كفرة، فثبت أن له حقيقة فإذا فعل السحر بنفسه لم يستتب فإن قال قد تبت لم تقبل توبته خلافًا للشافعى[٣]، لأنه مستتر به فلا تقبل التوبة منه كالزنديق[٤]، ولأن علمه به وفعله له كفر عندنا بدليل قوله تعالى: ﴿إنما نحن فتنة فلا تكفر﴾ [البقرة:١٠٢] أى لا تتعلم السحر، ولأن الآلام الواصلة إلى الحيوان التى تضر بهم وتقتلهم[٥] من فعل الله تعالى وهو المنفرد بالقدرة عليها واعتقاد الإنسان أن ذلك فعله وأنه قادر عليه كفر. وأما إذا دفع شيئًا إلى من عمل له السحر فلا يقتل لأنه ليس بساحر بهذا الفعل وهو كمن دفع مالاً إلى رجل ليقتل له إنسانًا فلا يقتل الدافع للمال ولا يكون قاتلاً بذلك.

---

(١) السحر فى اللغة: كل ما لطف مأخذه، ويقال: سَحَرَ كمنع خَدَعَ. انظر القاموس المحيط (٢/ ٤٥)، وفى الاصطلاح: هو أمر خارق للعادة مسبب عن سبب معتاد كونه منه. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٣٥).

(٢) وهو قول معتزلة المتكلمين والمغربى من أهل الظاهر وأبو جعفر الإستراباذى من أصحاب الشافعى وقال بعض أصحاب أبى حنيفة: إن كان يصل إلى بدن المسحور كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك فأما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل إلى بدنه شىء فلا يجوز. انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٩٣)، انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٢٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١١٣).

(٣) ذكره الماوردى فى الحاوى. انظر الحاوى الكبير (١٣/ ١٦٥)، وقال الشيخ الشيرازى يقتل كما يقتل المرتد. أى: حكمه حكم المرتد فى استتابته فإن تاب وإلا قتل. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٢٤).

(٤) فى (ب) كالزندقة.

(٥) ثبت فى (ب) تقيلهم.

باب

والمقتول من الـفئة الباغيـة يغسل ويصلى عليه خلافًا لأبـى حنيفة[١]، لأن بغـيه لا يخرجـه عن أحكام الملة كالعدل، ولا يتـبعون فيـما استهلكوا من مـال ولا دم إذا كان القتال على تأويل دين لإجماع الصحابة على ذلك فى قتال[٢] يوم الجمل وصفين[٣] وهما من وقائع الإسلام، ولأنها فـئة امتنعت وأتلفت بتأويل فلم يلزمها ضـمان كأهل الحرب إذا أتلفوا مالاً على المسلمين.

(١) فى أنه قال: لا يصلى عليهم وإنما يغـسلون ويكفنون ويدفنون لأن ذلك من سنة موتى بنى آدم. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (١٤٢/٧)، انظر الهداية للمرغينانى (١٠٢/٢/١).

(٢) ثبت فى (ب) قتل.

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣٠٩/٨ ـ ٣١٠) ح (١٦٧٣٩).

باب

المحارب[1] هو: القاطع للطريق المخيف للسبيل الشاهر للسلاح الطالب للمال فإن أعطى وإلا قاتل عليه كان فى المصر أو خارج المصر، فهذا إذا ظهر عليه قبل توبته أقيم عليه حد الحرابة: وهو القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف أو النفى أو الحبس، وذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم على ما يراه كافيًا فى ردعه وزجره، فإن كان ذا قوة وبطش ورأى وتدبير ويجتمع إليه ويتحيز إلى جهته فهذا حدهُ القتل، [وإن كان ذا قوة وبطش فقط: قطع من خلاف، وإن كان الذى ليس فيه ذلك وإنما فعله مرة ولعله أن يتوب فهذا يضرب على ما يراه الإمام وينفى فيحبس بغير بلده][2] إلى أن تظهر توبته، ويجوز قتل المحارب وإن لم يكن قتل، وإذا جاء تائبًا قبل القدرة عليه سقط عنه حد الحرابة وأخذ بحقوق الناس [قبله][3] من قتل وقطع وأخذ مال.

ويقتل فى الحرابة المسلم بالكافر والحر بالعبد، ولا يجوز فيه لولى الدم عفو، وحكم اللص وحكم المحارب، وللرجل أن يمانع عن نفسه وماله فإن قتل فشهيد وإن آل إلى قتل اللص فهدر لا شىء فيه.

فصل

قد بينا أن حكم المحارب على التخيير، وأنه موكول إلى اجتهاد الإمام، وقال أبو حنيفة[4] والشافعى هى على الترتيب[5] فلا يقتل من لم يقتل ولا يصلب ولا يقطع فإن

---

(١) المحارب فى اللغة واحد المحاربين وهو اسم فاعل من حارب وهو فاعل من الحرب قال ابن فارس: الحرب اشتقاقها من الحرَب يعنى بفتح الراء وهو مصدر حَرَب ماله أى سلبه والحريب: المحروب ورجل مِحْرَبٌ أى: شجاع. انظر المطلع على أبواب المقنع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٣٧٦)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٥٣).

وفى الشرع: الحرابة الخروج لإخافة سبيل لأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو لذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا لإمْرةٍ ولا نائرة ولا عداوةٍ. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٥٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٣/ ٣٠٧)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٩٣).

(٥) ذكره الشيخ الماوردى، انظر الحاوى الكبير (١٣/ ٣٥٣).

قتل ولم يأخذ مالاً قتل فقط ولم يقطع ولم يصلب، وإن أخذ مالاً ولم يقتل قطع، وإن قتل وأخذ المال قال أبو حنيفة: الإمام مخير إن شاء جمع القطع والقتل وإن شاء جمع القطع والصلب [ثم قتل بعد الصلب، وإن شاء جمع بين القتل والصلب[1]][2]، وقال الشافعي يقتلهم خنقًا ويصلبهم[3]، فدليلنا على أن له أن يقتله، وإن لم يكن قتل قوله تعالى: ﴿**إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادًا أن يقتلوا أو يصلبوا**﴾ [المائدة:٣٣] الآية، ولم يشترط أن يكونوا قتلوا، ولأنه خير بين هذه الحدود فدل على سقوط الترتيب، وروى أنه ﷺ قال: «من أشهر سيفه ثم وضعه وجب[4] دمه»[5] وإنما قلنا إذا جاء تائبًا قبل القدرة عليه يسقط عنه حد الحرابة لقوله تعالى: ﴿**إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم**﴾ [المائدة:٣٣] فأخبر بأن التوبة قبل القدرة تسقط حد الحرابة لأنه استثناه ممن أخبر بأن جزاءه القتل وغيره.

وإنما قلنا إن حقوق الناس قبله لا تسقط لأن التوبة لا تأثير لها في حقوق الآدميين، ألا ترى أن من غصب رجلاً شيئًا وأتلفه ثم تاب فإن بدله واجب عليه كذلك القتل والجراح[6] وغيره، ولأن التوبة من هذه الأشياء إذا انفردت عن الحرابة لا تسقط حقوق الناس[7] المتعلقة بها فكذلك إذا انضمت إليها.

وإنما قلنا يقتل فيها المسلم بالكافر والحر بالعبد لأن ذلك ليس بقتل قصاص فيمتنع ويراعى فيه تكافؤ الدماء وإنما هو لحق الله ولذلك قلنا إنه لا عفو لولي الدم لأن قتله ليس لأجل البدل عن قتل وليه يدل عليه إذا سقط عنه القتل لحق الله وصار حينئذ قتل قصاص فثبت للولي حق العفو، وإنما قلنا إن حكم اللص حكم المحارب لأنه طالب للمال آخذ للنفوس غلبة فكان نوعًا من المحاربة، وإنما قلنا إن للإنسان دفعه عن ماله

(١) وخالفه في ذلك من أصحابه محمد بن الحسن. وقال: يقتل أو يصلب ولا يقطع، انظر الهداية للمرغيناني (١، ٢/٤٢٣)، انظر بدائع الصنائع (٧/٩٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) انظر روضة الطالبين (١٠/١٥٦)، انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/٣٥٧).

(٤) ثبت في (ب) فقد وجب.

(٥) أخرجه النسائي في التحريم (٧/١٠٨) باب (من شهر سيفه ثم وضعه في الناس)، والحاكم في المستدرك (٢/١٥٩)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعي (٤/٣٤٧).

(٦) ثبت في (أ) والجروح.

(٧) ثبت في (ب) الآدميين.

ومنعه وأنه لا شيء فى قتله لقوله ﷺ: «من قتل دون ماله فهو شهيد»[1]، فلولا أن قتله بحق وإلا لم يكن شهيدًا بالقتل، وروى أن امرأة خرجت تحتطب فتبعها رجل فراودها عن نفسها فرمته بحجر فقتلته فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال: قتيل الله والله لا يودى أبدًا فأهدر عمر [رضى الله عنه][2] دمه[3] ولأنه إذا قصد غيره [ظلمًا][4] طلبًا لقتله أو ماله فالمقصود مضطر إلى دفعه عن نفسه فكان اللص متعاونًا فوجب أن يهدر دمه.

---

(١) أخرجه البخارى فى المظالم (٥/١٤٧) ح (٢٤٨٠)، ومسلم فى الإيمان (١/١٢٤) ح (٢٢٦/١٤١).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/٥٨٦) ح (١٧٦٤٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

باب

وإذا صال[١] الفحل[٢] أو غيره من البهائم على الإنسان وخافه على نفسه فله دفعه عن نفسه: فإن أدى ذلك إلى قتله فلا ضمان عليه خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه يضمنه، لأنه قتله بدفع مباح فلم يضمنه كالآدمى، ولأن حرمة الآدمى أعظم من حرمة البهيمة[٣]، فإذا لم يضمن فى الآدمى ففى البهيمة أولى، وهذا إذا قامت له بينة بما يدعيه فأما إن لم يعلم إلا بقوله فإنه يضمن لأنه مقر بإتلاف مال غيره ومدع الإباحة وسقوط الضمان فلا يقبل قوله بدعواه.

فصل

ومن عض أصبع رجل فنزع المعضوض يده من فم العاض فذهبت أسنانه فعلى الجابذ ضمانه، وقال يحيى بن عمر من أصحابنا لا ضمان عليه وقاله أبو حنيفة[٤] والشافعى[٥].

فوجه قول مالك أن العاض لم يقصد النفس وإنما قصد العض نفسه والذى يستحق بإتلاف ذلك العض غير ما فعل به فوجب أن يكون كل واحد ضامنًا ما جنى على الآخر كمن قلع عين الرجل فقطع الآخر يده فإنهما ضامنان.

ووجه قول يحيى بن عمر أنه دفعه بدفع مباح فلم يضمن ما كان عليه، أصله إذا أراد النفس[٦].

---

(١) الصيال فى اللغة: صَوُلَ البعير صَآلَةً واثَّبَ الناس أو صار يَقْتُلُ الناس ويعدو عليهم فهو جَمَلٌ صؤُولٌ. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/٢).

(٢) الفحل فى اللغة: الذكر من كل حيوان، والجمع فحول وأفْحل. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/٢٨).

(٣) ثبت فى (ب) البهائم.

(٤) ذكره الشيخ الماوردى، انظر الحاوى الكبير (١٣/٤٥٦).

(٥) ذكره الإمام النووى، انظر روضة الطالبين (١٠/١٨٨)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/٤٥٦).

(٦) ثبت فى (ب) نفسه.

فصل

وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان: إحداهما أنه يضمنه، والأخرى أنه لا يضمنه فإذا قلنا إنه يضمن فلأنه قاتل خطأ فوجب أن يضمن كغير الطبيب، وإذا قلنا إنه لا يضمن فلأنه يولد عن فعل مباح مأذون له فيه كالإمام إذا حد إنسانًا فمات.

فصل

من حفر بئرًا فى موضع ليس له أن يحفره فيه فعطب فيه إنسان فهو ضامن لأنه قاتل خطأ متعد بحفره فى ذلك الموضع، ولو كان فى موضع له حفره لم يلزمه ضمان، وكذلك ممسك الكلب العقور عليه ضمان ما تلف به من نفس أو مال، وكذلك صاحب الحائط المستهدم إذا أشهد عليه أو بلغ من الخوف على الناس من وقوعه إلى حيث يعلم ذلك من حاله[١]، ونكت جميع هذه المسائل تعديهم بتبقية جميع هذه الأشياء على الوجه الذى يتعدى أذاه إلى الغير وفعلهم من ذلك ما ليس لهم فعله فلزمهم ضمان ما يحدث عنه.

فصل

ولأهل المواشى إرسالها نهارًا المرعى، ويلزم أرباب الزرع والحوائط حفظها نهارًا فما أفسدته فلا شىء على أربابها لأنه مأذون لهم فى إرسالها لضرورتها إلى الرعى فالتفريط من قبل أرباب الحوائط بإهمالها وترك حفظها مع علمهم بكون المواشى مرسلة ولابد أن تعيث[٢] وتفسد وأما ما أفسدته ليلاً فعلى أربابها ضمانه لأن عليهم حفظها ليلاً ومنع إرسالها وقال أبو حنيفة إن كان صاحبها معها فعليه الضمان وإن لم يكن معها فلا ضمان [عليه][٣] فاعتبر فى الضمان كون صاحبها معها ولم يعتبر الليل ولا النهار[٤]

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٢٢٧)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٥٦).

(٢) ثبت فى (ب) تعبث.

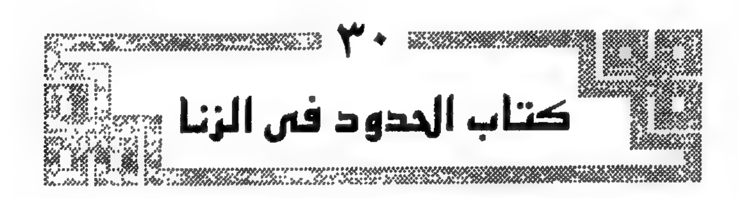
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) قال الشيخ حسن بن عمار بن على الوقائى الحنفى: وإلا أى: إن لم يكن بإذنه ضمن ما تلف مطلقًا أى: إذا كان معها كما هو ظاهر كلامه أو أدخلها وأما إذا لم يكن معها ولم يدخلها لا يضمن شيئًا كما فى التبيين، انظرحاشية الشيخ حسن بن عمار هامش غرر الأحكام لمنلا خسروا (٢/ ١١١)، الفتاوى الهندية (٦/ ٥٠).

ودليلنا حديث البراء أن ناقته دخلت حائطًا فـأفسدته فرفع ذلك إلى النبى ﷺ فقضى أن على أهل الأموال حـفظها نهارًا وعلى أرباب المواشى حفظهـا ليلاً[1]، ففرق بين الليل والنهار فسقط قول من لا يعتبرها، وقد فرقنا بينهما بما ذكرناه، وبالله التوفيق.

* * *

(١) أخـرجـه أبو داود فى البـيـوع (٣/٢٩٦) ح (٣٥٦٩) وابـن مـاجـه فى الأحكام (٢/٧٨١) ح (٢٣٣٢)، والحاكم فى المستدرك (٢/٤٨).



٣٠
كتاب الحدود فى الزنا

حد[١] الزنا[٢] حدان: رجم وجلد، والزناة نوعان: ثيب وهو المحصن، وبكر هو الذى ليس بمحصن، فالرجم للمحصن والجلد للبكر، فإذا كان الزانى محصنًا رجم بالحجارة حتى يموت ولا يجلد مع الرجم رجلاً كان أو امرأة، وشروط الحصانة ثمانية: وهى البلوغ، والعقل، والإسلام، والحرية، والتزويج وصحة العقد، والوطء فيه، وأن يكون على وجه سائغ غير محظور فمتى انخرم بعض هذه الشروط لم يكن الواطئ [أو الموطوءة][٣] محصنًا ولم يرجم، وليس من شرط إحصان الزانى أن يكون المزنى بها محصنة ولا من شرط إحصان الزانية أن يزنى بها محصن فالصبية المطيقة تحصن البالغ وإن لم يحصنها، والمجنونة تحصن واطئها العاقل وإن لم يحصنها، وكذلك الكتابية يتزوجها المسلم والأمة، يتزوجها الحر يحصنانها وإن لم تحصنانهما.

والصبى الذى يطيق الوطء لا يحصن البالغة بخلاف الصبية المطيقة للوطء، والمجنون إذا زوج من عاقلة ووطئها أحصنها، وكذلك العبد يتزوج[٤] الحرة، والنكاح الفاسد لا يحصن وإن وطئ فيه على الوجه المباح[٥]، والوطء على الوجه المحظور كالوطء فى الحيض أو فى الإحرام أو الصوم والاعتكاف أو ما أشبه ذلك لا يحصن وإن كان العقد

---

(١) الحد فى اللغة: الحاجز بين الشيئين ومنتهى الشىء ومن كل شىء حدّته وبمعنى: الدَّفع والمنع وتأديب المُذْنب بما يمنعه وغيره عن الذَّنب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/٢٨٦).

وفى الاصطلاح: هو ما وضع لمنع الجانى من عوده لمثل فعله وزجر غيره. انظر الثمر الدانى (ص ٥٦٨).

(٢) الزنا فى اللغة من زنى يَزْنى زِنى وزِناءً، فجر وهو بالمد والقصر. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/٣٣٩). وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هو مغيب حشفة آدمى فى فرج آخر دون شبهة حله عمدًا. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٦٣٦).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت فى (أ) يزوج.

(٥) ثبت فى (أ) المبين.

صحيحًا، ونكاح الشرك لا يحصن وإن وطئ فيه إلا أن يطأها بعد الإسلام، وكذلك باقي فروع هذا الباب التي تضمنها عقده على ما وصفناه، وأما أم الولد إذا زنت بعد عتقها بوفاة سيدها لم ترجم.

فإذا اختلف الزوجان في الوطء فأقر أحدهما وأنكره الآخر فالمنكر غير محصن، وروى ابن عبد الحكم أن المنكر لا يكون محصنًا حتى يقرا جميعًا، وقال ابن القاسم: المقر محصن والمنكر غير محصن[1]، ويقع الإحصان بالإيلاج وإن لم ينزل.

فصل

وإنما قلنا إن حد المحصن الرجم لقوله تعالى: ﴿أو يجعل الله لهن سبيلاً﴾ [النساء: ١٥] فقال ﷺ: [«خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام][2]، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[3]، وقوله ﷺ: «واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن [اعترفت][4] فارجمها»[5] وما روي من رجمه ﷺ ماعزًا[6] والغامدية[7]، وفي حديث عمر رضي الله عنه: لولا أن يقال عمر زاد في كتاب الله لكتبت (الشيخ والشيخة إذا زنيا فأرجموهما البتة)[8]، وروي الرجم عن عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم قولاً وفعلاً[9] ولا خلاف فيه[10]، ولا يتلفت إلى ما يحكى عن الخوارج من نفيه.

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٦٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ا، هـ).

(٣) أخرجه البخاري في الصلح (٥/ ٣٥٥) ح (٢٦٩٥) (٢٦٩٦)، ومسلم في الحدود (٣/ ١٣٢٤ - ١٣٢٥) ح (١٦٩٧ - ١٦٩٨).

(٤) ثبت في (ب) أقرت.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخاري في الحدود (١٢/ ١٣٨) ح (٦٨٢٤)، ومسلم في الحدود (٣/ ١٣٢٠) ح (١٦٩٣/١٩).

(٧) أخرجه مسلم في الحدود (٣/ ١٣٢٣) ح (٢٣/ ١٦٩٥)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٣٩٤) ح (١٦٩٩٣).

(٨) أخرجه مالك في موطئه. كتاب الحدود (٢/ ٨٢٦).

(٩) ذكره ابن المنذر. وقال: وهو قول مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام وسفيان الثوري وسائر أهل العراق وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور والنعمان ومحمد وهو قول عوام أهل الفتيا من علماء الأمصار. انظر الإشراف (٣/ ٦).

(١٠) ذكره ابن المنذر في الإجماع والإشراف. وقال ابن قدامة المقدسي: هذا قول عامة أهل العلم =

فصل

وإنما قلنا لا يجلد مع الرجم خلافًا لداود[١]، لما روى أن رجلين اختصما إلى النبى ﷺ فقال أحدهما إن ابنى كان عسيفًا على هذا فزنا بامرأته فأخبرونى أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة وبجارية ثم سألت فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام وإنما الرجم على امرأته فقال ﷺ: «أما غنمك وجاريتك فرد عليك» وجلد ابنه مائة وغربه عامًا، وأمر أنيسًا أن يأتى امرأة الآخر فإن اعترفت[٢] رجمها فاعترفت فرجمها[٣]، وفى طريق آخر «فاغدوا يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[٤] ففيه دليلان: أحدهما أنه أمره أن يرجمها ولم يأمره بالجلد، وقد علم أنه إنما أنفذه ليقيم الحد لا لغير ذلك.

والثانى أنه فرق بينه وبينها فقال: (وعلى ابنك جلد مائة واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) فدل أن الجلد فى خبره دونها، وروى أنه ﷺ رجم ماعزًا ولم يجلده وكذلك الغامدية[٥]، ولأنه معنى يوجب القتل لحق الله تعالى ولم يوجب الجلد مع القتل كالردة.

فصل

وإنما قلنا إن العقل من شروط الإحصان لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة...» فذكر: «المجنون حتى يفيق»[٦]، ولأن الحد عقوبة على معصية وكل ذلك تكليف والعقل

= من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار فى جميع الأعصار ولا نعلم فيه مخالفًا إلا الخوارج. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢)، انظر الإشراف (٣/٦)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١٢٠).

(١) وهو رواية عن أحمد بن حنبل وفعله على بن أبى طالب وبه قال ابن عباس وأُبى بن كعب، وبه قال الحسن وإسحاق بن راهويه. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١٢٤).

(٢) ثبت فى (ب).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

شرط فى ثبوته، ولا خلاف فيه[1].

فصل

وإنما شرطنا البلوغ للخبر، ولأن من دون البلوغ[2] لا يكلف بدليل أنه لا حد فى قذفه ولا يلزمه قصاص بقتله.

فصل

وإنما شرطنا الإسلام خلافًا للشافعى[3]، لأن الإحصان حكم شرعى جعل للفضيلة فى الإسلام منتف مع الكفر، ولأن هذه[4] الحدود يعتبر فيها الفضيلة فحد المحصن الرجم بفضيلته على البكر، وحد الحر مائة لفضيلته على العبد، ونقص الكفر يمنع أن يثبت له حكم فضيلته، ولأن من شرط الإحصان صحة النكاح الذى يطأ فيه أنكحة الكفار الفاسدة.

فصل

وإنما شرطنا الحرية لأن العبد حده على النصف من حد الحر والرجم لا يتنصف جميعه عنه، ولأنه لما نقص عن الحر فى الجلد الذى هو[5] أخف لنقصه بالرق كان بأن يسقط عنه الرجم أولى.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون متزوجًا للإجماع على ذلك[6]، ولأن النكاح يقع عليه اسم الإحصان لقوله عز وجل: ﴿**والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب**﴾ [المائدة:٨] وقوله: ﴿**والمحصنات من النساء**﴾ [النساء:٢٤].

---

(١) ذكره ابن قدامة فى المغنى. وقال: وهو قول أكثر أهل العلم. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٢٨)، انظر فتح البارى (١٢/١٢٣).

(٢) ثبت فى (أ) البالغ.

(٣) انظر المهذب للشيرازى (٢/٢٦٦) وذكره الشيخ الماوردى. انظر الحاوى الكبير (١٣/١٩٨).

(٤) ثبت فى (ب) زيادة.

(٥) ثبت فى (أ) هذا.

(٦) انظر المغنى لموفق الدين (١٠/١٢٦)، انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢)، انظر فتح البارى (١٢/١٢٠).

فصل

وإنما شرطنا أن يكون العقد صحيحًا لأن النكاح الفاسد لا يتناوله اسم الإحصان لأنه وطء غير مباح بعقد فلم يتناوله اسم الإحصان كالوطء بشبهة وإنما شرطنا الوطء لأن العفاف لا يحصل بمجرد العقد دونه والإجماع على ذلك[١].

فصل

وإنما شرطنا جواز الوطء لأنه أحد شروط الإحصان فكان من شرطه الإباحة كالعقد، ولأنه وطء محرم بالشرع كالزنا.

فصل

وإنما شرط فى إحصان أحدهما إحصان الآخر خلافًا لأبى حنيفة[٢]، لأنه حر مكلف وطئ بنكاح صحيح وطئًا مباحًا فكان محصنًا به، أصله إذا كانا كاملين[٣].

فصل

وإنما فرقنا بين الصبى المطيق للوطء وبين الصبية المطيقة للوطء فقلنا إنها تحصن الكبير وأنه لا يحصن الكبيرة لأن وطء [الصبى][٤] ناقص غير تام بدليل أنه لا يجب به حد ولا يحلها للزوج الأول ولا يكمل لها به لذة كوطء البالغ، وليس كذلك الصبية المطيقة للوطء لأن كل هذه الأحكام الحاصلة بوطء البالغة[٥] تحصل للكبير بوطء المراهقة، وإذا كان كذلك أحصنت ولم يحصن الصبى من وطئها، وقد أتى ما ذكرناه على شرح الفروع التى قدمناها.

---

(١) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢)، انظر فتح البارى (١٢/ ١٢٠)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١٢٦).

(٢) فى أنه يشترط أنه يكون الواطئ والموطوءة على صفة الإحصان. انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٨٥)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧٣).

(٣) ثبت فى (أ) كاملتين.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت فى (أ) البالغ.

فصل

وإنما قلنا إن أم الولد إذا زنت بعد وفاة سيدها لم ترجم لأنها غير محصنة، ولأنها لم يحصل لها من شروط الإحصان بعد البلوغ والعقل والإسلام إلا الحرية وذلك غير موجب لها الإحصان.

فصل

ووجه قوله إن إنكار أحدهما يمنع كون الآخر محصنًا أن ذلك شبهة لأنه لا يجوز أن يكون أقر بالوطء لغرض له لا أنه كان وطئ حقيقة، ووجه قوله إنه يكون محصنًا اعتبارًا بإقرارهما، ولأن تكذيبها له لا يخرجه[١] عما يلزمه مما يقر به على نفسه من حقوق الله تعالى، أصله إذا أقر أنه زنى بها وهي تنكر، أن ذلك لا يسقط الحد عنه.

فصل

وإنما قلنا إن الإيلاج يكفي فلأن اس الوطء يقع عليه، ولأنه ﷺ لما قرر[٢] ماعزًا لم يزده على أن أقر عنده بالإيلاج ولم يطلب منه زيادة على ذلك، ولأن سائر الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بالإيلاج فقط من وجوب الغسل والمهر والحد والإحلال للزوج الأول وغير ذلك، فكذلك الإحصان الواجب عنه.

(١) ثبت في (هـ) لا يخرجهما.

(٢) ثبت في (أ) أقر.

باب

فأما حد الزانى البكر فإنه يختلف باختلاف أقسام الأبكار، ولا يخلو الزانى البكر من ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون رجلاً حرًا، والثانى أن تكون امرأة حرة، والثالث أن يكون مملوكًا ولا يختلف حال المملوك بالذكورة والأنوثة، فأما الرجل الحر فحده مائة [جلدة][1] وتغريب عام وهو نفيه إلى غير بلده وحبسه فيه سنة، وأما المرأة الحرة فحدها جلد مائة من غير تغريب، وأما العبد ومن فيه بقية رق فحده خمسون جلدة من غير تغريب.

فصل

وإنما قلنا إن الرجل والمرأة يجلدان مائة جلدة لقوله تعالى: ﴿**الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة**﴾ [النور:٢]، وللأخبار التى رويناها.

فصل

وإنما قلنا إنه يغرب الرجل مع الجلد عامًا خلافًا لأبى حنيفة فى قوله لا يجب التغريب إلا على طريق التعزير إن رآه الإمام[2]، لقوله ﷺ: «والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»[3]، وقوله ﷺ: «لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل» وجلد ابن الرجل الذى سأله مائة وغربه عامًا[4]. وليس فيه[5] قياس يتحرر[6] على التحقيق.

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. انظر الاختيار (٣/ ٢٧٠، ٢٧١)، انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٨٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (هـ) فى ذلك.

(٦) ثبت فى (هـ) مجرد.

فصل

وإنما قلنا إن المرأة لا تغرب خلافًا للشافعى[١]، لقوله تعالى: ﴿**الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة**﴾ [النور:٢]، ولأن التغريب فى الرجل عقوبة له ينقطع عن [ولده][٢] وأهله [وعن بلده][٣] ومعاشه وتلحقه الذلة بنفيه إلى غير بلده وليس فيه ما فى المرأة من الحاجة إلى المراعاة فى الحفظ ومنع السفر، والمرأة محتاجة إلى الصيانة والحفظ والمراعاة أكثر من حاجة الرجل ففى تغريبها تعريض لها للهتك الذى هو ضد الصيانة ومواقعة مثل ما غربت لأجل مواقعتها له وذلك إغراء، لا ردع وزجر فامتنع لهذا التناقض إيجاب التغريب على المرأة.

فصل

وإنما قلنا إن حد الأمة على النصف من حد الحرة لقوله تعالى: ﴿**فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب**﴾ [النساء:٢٥]، وإنما قلنا إن العبد فى ذلك كالأمة لاجتماعهم فى نقص الرق.

فصل

وإنما قلنا لا تغريب على عبد ولا أمة خلافًا للشافعى[٤]، للظاهر ولقوله ﷺ: «إذا زنت أمة أحدكم فليحدها ، ثم إن زنت فليحدها ، ثم قال فى الرابعة : فليبعها ولو بضفير[٥]»[٦] فيه دليلان: أحدهما أنه سئل عن حدهما فذكر الجلد ولم يذكر التغريب،

---

(١) وهو قول جمهور العلماء انظر الأم للشافعى (٦/ ١١٩)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ١٩٣)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١٣٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) وهو أحد قولى الشافعى وهو الصحيح كما قال الشيخ الشيرازى. والقول الثانى أنه لا تغريب عليهما. وروى هذا القول عن ابن عمر وبه قال أبو ثور. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٦٧).
وزاد الشيخ الماوردى قولاً ثالثًا: أنه يغرب نصف سنة. انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٢٠٦)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٢٣).

(٥) قال الفيروزآبادى: ضَفَرَ الشَّعر نسج بعضه على بعض والحبل فتله والضَّفْرُ ما يشد به البعير. انظر القاموس المحيط (٢/ ٧٦).

(٦) أخرجه البخارى فى البيوع (٤/ ٤٣٢) ح (٢١٥٢)، ومسلم فى الحدود (٣/ ١٣٢٩) ح (٣٢/ ١٧٠٣).

والثانى أنه كرر ذكر الجلد فلو كان التغريب واجبًا فى الحد لكان الأولى أن يذكر، ولأن التغريب على الحر لينقطع عن وطنه ومعاشه ويلحقه ذلة بذلك فيرتدع والعبد لا وطن له ولا معيشة فينقطع[1] عنها بتغريبه، ولأنه لو كان التغريب واجبًا عليه لكان على النصف من تغريب الحر كالجلد.

(١) ثبت فى (أ) فيقطعه.

باب

الزنا يثبت بثلاثة أشياء: أحدها الإقرار، والثانى البينة، والثالث ظهور الحمل من غير ملك ولا شبهة ولا ظهور أمارة دالة على استكراه[(١)].

فصل

فأما الإقرار فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾ [الأنعام: ١٦٤] وقوله ﷺ: «من أصاب من هذه القاذورات شيئًا فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه حد الله»[(٢)]، وقوله ﷺ: «واغدو يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[(٣)]، ولأنه ﷺ رجم ماعزًا والغامدية بإقرارهما[(٤)]، ولأنه مكلف أقر على نفسه بحق فوجب إقراره كسائر الحقوق.

فصل

وإقراره مرة كاف فى وجوب الحد عليه خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه يحتاج إلى تكرار[(٥)] الإقرار أربع مرات[(٦)]، للظواهر التى ذكرناها وعمومها يقتضى المرة الواحدة، ولأن الإقرار فى سائر الحقوق لا يفتقر إلى التكرار فكذلك الزنا، ولأنه إقرار من مكلف بالزنا على نفيه فوجب أن يلزمه به الحد، أصله إذا كرره، واعتبارًا بالخامسة والسادسة.

فصل

ومن شرط الإقرار أن يقيم عليه فإن رجع فذلك على وجهين: فإن ادعى شبهة أو أمرًا يعذر به مثل: أن يقول وطئت فى نكاح فاسد أو دخلت على امرأتى فوطئتها [وأنا

---

(١) ثبت فى (أ) على استنكاره.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى الحدود (٢/ ٨٢٥) ح (١٢)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٥٧٢) ح (١٧٥٩٩)، وانظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/ ٩٤) ح (١٥).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (أ) تكرير.

(٦) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٣/ ٢٦٥)، انظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/ ٣٩٢).

لا أعلم، أو رأيت امرأة على فراشى فظننتها امرأتى فوطئتها][١]، أو وطئت جارية بينى وبين غيرى وما أشبه ذلك مما يجوز أن يذهب على العامة ومن لا علم عنده فإن هذا يعذر به ويقبل رجوعه عنه لإمكان أن يكون الأمر على ما قاله والحد يدرأ بالشبهة، وأما إن أكذب نفسه لا إلى شبهة يعذر بها ففيها روايتان: إحداهما أنه يقبل والأخرى لا يقبل منه [فوجه قوله إنه يقبل][٢] منه وهو قول أبى حنيفة[٣] والشافعى[٤]، قوله ﷺ لماعز: (لعلك لمست: لعلك قبلت)[٥]، وفائدة ذلك قبول رجوعه إن رجع وقوله لما هرب: (هلا تركتموه)[٦]، ولأنه معنى يوجب القتل لا يتعلق به حق آدمى فإذا رجع عنه سقط عنه، أصله الردة، ولأنه قول إذا تم لزم به حد الزنا فوجب أن يكون الرجوع عنه مسقطًا للحد، أصله رجوع الشاهد، ووجه قوله لا يقبل منه قوله: «من أصاب من هذه القاذورات فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»[٧]، وقوله ﷺ «فإن اعترفت فارجمها»[٨]، ولأنه أقر على نفسه بحق لزمه بإقراره فلم يسقط بإكذابه نفسه، أصله حقوق الآدميين.

فصل

فأما الشهادة فالأصل فيها قوله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا﴾ [النساء:١٥]، وقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور:٤]، وقول سعد يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله حتى آتى بأربعة شهود قال: نعم[٩].

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) قال الشيخ الموصلى: وإذا رجع عن إقراره قبل الحد أو فى وسطه خلى سبيله لأن رجوعه إخبار يحتمل الصدق كالإقرار ولا مكذب له. انظر الاختيار (٣/ ٢٦٦)، انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٨٢)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٦١).

(٤) ذكره فى المهذب. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٧٢)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ١٥٠).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أخرجه مسلم فى اللعان (٢/ ١١٣٥) ح (١٥/ ١٤٩٨)، ومالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٣٧) ح (١٧)، وأحمد فى المسند (٢/ ٦١٢) ح (١٠٠٢٠).

فصل

وعدد الشهود أربعة لما ذكرناه، ولأنه إجماع الصحابة[١] لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بالزنا لما توقف الرابع[٢]، ولا يقبل فيه النساء لأنه حكم [يثبت][٣] فى البدن لا يختص النساء بالاطلاع عليه فلم يقبل إلا الرجال كالطلاق والعتاق والقتل.

فصل

ومن شرط الشهادة بالزنا أن تكون فى مجلس واحد فإن افترقت فى مجالس فالشهود قذفة عند مالك، وقال عبد الملك وهو قول الشافعى تقبل شهادتهم مجتمعين ومفرقين[٤]، فوجه قول مالك أنه معنى لو لم ينضم إلى شهادة الشاهد كانت شهادته قذفًا فوجب أن يؤخذ معها عند إقامتها لا متراخيًا عنها، أصله لفظ الشهادة وصفة الرؤية، فيقيس كمال العدد فى المجلس على لفظ الشهادة، ووجه قول عبد الملك أنه حق يثبت بشهادة الشهود إذا جاءوا مجتمعين فوجب أن يثبت بهم وإن جاءوا مفترقين كالشهادة على القتل والسرقة.

فصل

ومن شرطها أن يشهد الشهود على المعاينة أنهم رأوا فرجه فى فرجها كالمرود فى المكحلة، وإنما قلنا ذلك لجواز أن يظهر من تفصيلهم ما يسقط به الحد فإن لم يفصلوا وشهدوا [مجملاً][٥] أنهم رأوه يزنى بها الزنا الموجب للحد قال [ابن القاسم: لا يحد المشهود عليه ويحد الشهود ويكونون قذفة][٦]، ومن أصحابنا من يقول إذا كان الشهود

---

(١) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم لا اختلاف بينهم أن الشهادة على الزنا أربعة لا يقبل منهم أقل من ذلك. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٣٥)، انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٣)

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٠٨) ح (١٧٠٤٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) قال الشيخ الماوردى: لا فرق فى الشهادة على الزنا بين أن يفرق الشهود فى أدائها أو يجتمعوا عليها. انظر الحاوى الكبير (١٣/ ٢٢٨).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فقهـاء، والقاضى فقيهًا وكـانوا على مذهب واحد وشهد الشـهود أنهم رأوه يزنى الزنا الموجب للحد فيجوز للحاكم أن يقتصر على هذا القدر منهم ولا يكلفهم التفصيل.

فصل

إذا شهـد الثلاثة وشك الرابع فلم يشهـد حد [الثلاثة ولا حـد على الرابع ولا على المشهود عليه، وإنما قلنا يحد][١] الثلاثة خلافًا لأحد قولى الشافعى[٢]، لإجماع الصحابة لأن عمر رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شـهدوا على المغيرة لما توقف الرابع وهو زياد ولم يقطع، وقال لأبى بكرة تب وأقبل شهادتك،وروى عن على رضى الله عنه مثله[٣]، ولأنهم أدخلوا المعرة [عليه][٤] بإضافة الزنا إليه بسبب لم تسقط حـصانته وكانوا قذفة، أصله إذا قذفوه ابتداء، وإنما قلـنا لا يحد الرابع لأنه لم يكن منه رمى لأنه لم يفصح[٥] شيئًا يلزمه به حكم، وإنما قلنا إنه لا يحد المشهود عليه لأن البينة لم تقم عليه لأن العدد شرط فى كون الشهادة كاملة[٦]، ولأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لم يحد المغيرة لما لم يتم عدد الشهود.

فصل

وأما إن شهـد الأربعة وتمت الشهادة ثم شـك أحدهم أو رجع: فإن كان قـبل إقامة الحد جلد الجميع ولم يحد المشهود عليه، وإن كان بعد إقامة الحد جلد الشاك أو الراجع وحده، وإنما فـرقنا بين الموضعين لأن الشك والرجـوع إذا كان بعد تمام الشهـادة يجعل الراجع قاذفًا لأن الذى حصل منه علمًا [كان مقيمًا مع بقـية الشهود كان شهادة][٧] فلما رجع عنه أو شك فيه بعد حصوله منه كان ذلك قذفًا لأنه غير محكوم بكونه شهادة فلم

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) انظر المهذب للشيرازى حيث قال: المنصوص أنه لا حد عليهم قولاً واحدًا ومن أصحابنا من قال فى حدهم قـولان وهو ضعيف. انظر المـهذب للشيـرازى (٢/ ٣٣٣)، الحاوى الكبيـر للماوردى (١٣/ ٢٣١).

(٣) انظر المحلى لابن حزم (١١/٢٥٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت فى (أ) يقبل.

(٦) ثبت فى (ب) الشهود بينة.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

يبق إلا القذف، فإن كان ذلك قبل مضى الحد جلد الكل لأن الجميع[1] قذفة لأن الشهادة لم تحصل منهم برجوع الواحد، فإن كان رجوعه بعد مضى الحد جلد الراجع وحده لأنه مقر على نفسه بالقذف ولم يحد الباقون لأن الشهادة قد تمت وحكم بها فلا سبيل إلى نقضها، ورجوع هذا قذف مستأنف وتكذيب منه لنفسه ولهم فقبل فيما عليه ولم يقبل فيما يلزم غيره به حكم لنفود الحكم، ثم القول فيما يلزم الراجع من قصاص أو غرم فيما تلف بشهادته يذكر فيما بعد.

فصل

المقر بالزنا لا تلزم مطالبته بحكاية الفعل وصفته إياه خلافًا للشهود إلا أن يتهم بغفلة أو جهل فيتكشف[2]، كما فعل ﷺ لماعز، والفرق بين الإقرار والشهادة أن ما يلزم الإنسان بإقراره أبلغ وأقوى مما يلزمه بالشهادة ألا ترى أنه يقبل إقراره على نفسه عدلاً كان أو فاسقًا حراً كان أو عبداً رجلاً كان أو امرأة، ولا يقبل فى الشهادة الفاسق ولا العبد ولا المرأة، ولأن الشهود قد غلظ عليهم فى ذلك ما لم يغلظ [فى ذلك][3] على المقر لأنه لا ضرورة بهم إلى الشهادة على غيرهم، والمقر ليس بشاهد على غيره وإنما هو مخبر عن نفسه.

مسألة

التوبة لا تسقط الحد فى الزنا والسرقة والشرب خلافًا للشافعى[4]، لقوله عز وجل: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢] وقال ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨] ولم يفرق، وقوله ﷺ «فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه الحد»[5] ولم يفرق، وقوله فى ماعز: «لقد تاب توبة لو قسمت على أهل

---

(١) ثبت فى (ب) قذفه.

(٢) ثبت فى (ب) مستكشف.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) وهو قول عند الشافعية. وقال الشيخ الشيرازى وهو الصحيح. والقول الثانى: أنه لا يسقط بالتوبة. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٨٥).

وقال الشيخ هو أظهر قولى الشافعى. انظر الحاوى الكبير (١٣/ ٣٧٠).

(٥) تقدم تخريجه.

الأرض لوسعتهم»[١]، وفى حديث آخر[٢] «لو تابها صاحب مكس لغفر له»[٣]، ولأنه أمر مستتر به فلم تقبل التوبة فيه كالزنديق، ولأن الحد تحصين للإنسان ففى إسقاطه زوال ذلك المعنى، ولأن التوبة فيما لم يفترق له الحكم فيما بين القدرة عليه أو عدمها لم يسقط الحد كالقذف والقتل، وبهذا فارق الحرابة.

فصل

إذا ظهر حمل بحرة أو أمة ولا يعلم لها زوج، ولا سيد الأمة مقر بوطئها: بل منكر والحرة مقيمة ليست بغريبة بأنها تحد ولا يقبل قولها إن قالت: غصبت أو استكرهت إلا أن يظهر أمارة على ذلك بأن يرى بها أثر دم أو شاهد منها استغاثة أو صياح أو ما أشبه ذلك مما يعلم معه فى الظاهر صدقها، وقال أبو حنيفة[٤] والشافعى لا حد عليها على كل وجه إلا أن تقر بأنها زنت أو تقوم بينة[٥]، ودليلنا حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: الرجم فى كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال أو النساء إذا قامت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف[٦]، ولا مخالف له، ولأن إسقاط الحد ذريعة إلى أن لا يقام[٧] حد فى زناة، ولأن كل من وجد بها حمل أو شوهد معها من يطؤها ادعيا الزوجية فيصير ذلك طريقًا إلى إبطاله فلا يمكن إقامته، ولأن الاتفاق حاصل على أن الحد يلزم بشهادة الشهود، وأن ادعاء الزوجية غير مقبول مع الشهود، وقد علمنا أن الشهود إنما يشهدون على الظاهر لا على الحقيقة والقطع، والظاهر فى مسألتنا الزنا لأن الوطء ثابت بظهور الحمل ولا أمارة على ما يدعونه ولا علامة فلا يجب ترك الظاهر بقولهما ولهذا قلنا إنهما لا يحدان إذا كانا غريبين لإمكان أن يكون الأمر على ما قالاه، وليس فى[٨] تصديقهما نفى الظاهر ولا ذريعة إلى إسقاط الحد.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) وفى الغامدية.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ الكاسانى. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ١٨١)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٢/ ١٥٠).

(٥) انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٠٣).

(٦) أخرجه البخارى فى الحدود (١٢/ ١٤٨) ح (٦٨٣٠)، ومسلم فى الحدود (٣/ ١٣١٧) ح (١٥/ ١٦٩١).

(٧) ثبت فى (أ) إلى أن يقيم.

(٨) ثبت فى (ب) (على ما قلنا وإذا).

فصل

الشهادة على الشهادة فى حد الزنا جائز[1] لما يذكر فى باب الشهادة، وقد بينا أن شهود الأصل لابد أن يكونوا أربعة، وأما شهود الفرع فمختلف فيه على روايتين: إحداهما أنه لابد أن يشهد على شهادة كل واحد أربعة فإن كان على كل واحد أربعة غير الأربعة الذين شهدوا على واحد جاز، والأخرى أنه إن شهد اثنان على كل واحد من شهود الأصل جاز والأولى هى الصحيح لأن الزنا لا يحد فيه إلا بأربعة ومتى قبلنا شهادة شاهدين على الأربعة أدى ذلك إلى أن يقام الحد بشهادة اثنين [وذلك غير جائز][2]، ولأن شهود الفرع أضعف من شهود الأصل لأن النقل فرع عن الأصل فإذا كان الأصل لابد فيه من أربعة فكذلك النقل.

فصل

لا يقبل فى الشهادة على الزنا إلا أربعة يشهدون على فعل واحد: فإن اختلف الفعل الذى يشهدون عليه مثل أن يشهد اثنان أنهما رأياه يزنى بها فى هذه الزاوية ويشهد اثنان فى الزاوية الأخرى فلا تقبل هذه الشهادة ويحد الشهود وقال أبو حنيفة عليه الحد[3]، فدليلنا أن الاختلاف فى المكان جار مجرى الاختلاف فى الزمان من باب أن الفعل فى مكان غير الفعل فى غيره من الأماكن كما أن [الفعل][4] فى زمان غير الفعل فى زمان غيره، وقد ثبت أنهم لو شهدوا عليه فقال أحدهما أشهد أنه زنى يوم السبت وقال الآخر يوم الأحد لم يجب عليه حد كذلك فى المكان.

مسألة

إذا وجد على فراشه امرأة فظن أنها زوجته فوطئها فلا حد عليه، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله أنه يحد ولا يقبل منه ذلك إلا أن يكون ليلة الزفاف[5]، لأنه وطئ من يعتقد

(١) ثبت فى (ب) مقبولة.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية. وقال: وهذا استحسان، والقياس أنه لا يجب الحدّ لاختلاف المكان حقيقة. انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٩٤)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٤٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧٧)، انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٨٩).

أنها زوجته فلم يلزمه حد، أصله إذا زفت إليه امرأة وقيل: إنها زوجتك وكانت غيرها.

فصل

العوارض التى تؤخر لها إقامة الحدود ثلاثة:

أحدها: معنى فى المحدود لا يتعلق بغيره.

والثانى: معنى موجود به يتعلق بغيره.

والثالث: معنى منفصل منه.

فأما الموجود به الذى لا يتعلق بغيره كالمرض وذلك كالحمى الشديدة، ووجع الجوف أو الكبد أو غير ذلك من أنواع الأمراض التى يخاف معها[1] تلفه فهذا يوجب تأخير الحد عنه إلى برئه، والدليل عليه أن المقصود من الحد الردع والزجر دون الإتلاف يبين ذلك أن الله تعالى فرق بين الحدود فجعل فى بعضها الرجم وفى بعضها الجلد، ولأن الإمام يجلد بسوط بين السوطين خيفة القتل، فإذا ثبت ذلك ثم خيف على المريض القتل وجب تأخيره.

وأما الموجود به المتعلق بغيره فهو الحمل وذلك يقتضى التأخير لأنها لو جلدت لأدى إلى إتلافه، وأما المنفصل منه فالزمان يخاف منه تلف المحدود وذلك أن الجراح فى شدة البرد يعظم الخطر فيه فيؤدى إلى التلف غالبًا هذا كله فى الجلد والقطع، وأما فى الرجم فلا يؤخر لمرض ولا لشدة برد، ويؤخر فى الجلد والرجم فى الحمل حتى تضع لئلا يتلف الحمل، ولذلك قال رسول الله ﷺ للغامدية، (اذهبى حتى تضعى)[2]، وتؤخر بعد الوضع فى الجلد لتغتسل من نفاسها لأن النفاس مرض لا يؤمن معه إذا جلدت التلف، وفى الرجم تؤخر حتى يوجد من يرضع الصبى. فإن وجد من يرضعه رجمت حتى تفطمه وبنحو ذلك روى مالك فى الموطأ[3].

(١) ثبت فى (ب) منها.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الموطأ للإمام مالك: كتاب الحدود (٢/ ٨٢١، ٨٢٥).

فصل

ومن وطىء جارية له فيها شرك فلا حد عليه لوجود الشبهة فى وطئه باختلاط ملكه بملك شريكه، ويلحق به الولد لشبهة الملك، وإن حملت قُوِّم على الواطىء نصيب شريكه لا يختلف قوله فيه لأنه لما لحق الولد به وثبتت حريته[1]، اكتسبت الأمة الحرية، فإن لم تحمل فقد اختلف قوله فى تقويم نصيب الشريك عليه: فوجه قوله أنه تقوم عليه فلتتكامل الشبهة له فى سقوط الحد عنه بتمليكه نصيب شريكه، ووجه قوله لا تجب التقويم عليه[2] أنه بمنزلة من وطئ أمة على فراشه لأن وطأه إياها شبهة لا توجب التقويم عليه.

فصل

ومن زنى بجارية أبيه فعليه الحد وإن زنى بجارية ولده فلا حد عليه، والفرق بينهما أن للأب شبهة فى قتل ولده فإن وطء أمته كان كالواطىء أمة له فيها شرك ولا يحد لشبهة الملك، والولد لا شبهة له فى مال أبيه ألا ترى أنه يتزوج أمة أبيه والأب لا يتزوج أمة ابنه فيكون زانيًا بمن لا شبهة له فى ملكها فعليه الحد.

فصل

ومن اغتصب حرة فزنى بها فعليه الحد حرًا كان أو عبدًا لعموم قوله تعالى: ﴿**الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة**﴾ [النور:٢] ولم يفرق بين الغصب والطوع، ولا حد عليها لأنها ليست بزانية لأن الإكراه ينفى الزنا، ولأنه لم يكن منها فعل ينسب إليها به الزنا.

فصل

وعليه صداق مثلها بكرًا كانت أو ثيبًا[3] خلافًا لأبى حنيفة فى قوله لا صداق عليه[4]

---

(١) ثبت فى (أ) حرمته.

(٢) ثبت فى (ب) لا يقوم عليه.

(٣) هذه إحدى الروايتين عن الإمام مالك وقال ابن عبد البر: هو تحصيل مذهب مالك، والرواية الثانية: أنه لا صداق عليها. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٧٣, ١٠٧٤).

(٤) ليس هذا مذهب أبى حنيفة وأما مذهبه أنه يجب عليه الصداق. قال الشيخ الكاسانى: ويجب =

لأنها حرة موطوءة لا حد عليها فى وطئها فوجب أن يلزم واطئها صداقها، أصله إذا وطئت بشبهة، وإن كان عبداً فإن افتداه سيده بصداق المثل وإلا أسلمه لأن ذلك أرش الجناية.

فصل

والحر إذا استكره أمة فوطئها فعليه الحد وما نقص من قيمتها ولا صداق عليه[1] لأنها جناية على مال فروعى فيها نقصه دون الصداق وغلب عليها حكم الجناية[2] على الأموال اعتباراً به لو جرحها أو قطع عضواً من أعضائها، وإن كان عبداً فذلك فى رقبته إلا أن يفتديه[3] سيده، وإن لم يؤثر الوطء نقصًا فلا شىء على الواطىء حراً كان أو عبدًا سوى الحد فقط.

فصل

إذا استكره الذمى[4] حرة مسلمة قتل[5] لأنه بذلك ناقض العهد فقد أضاع دم نفسه وقد صار له حكم أهل الحرب، وإن استكره أمة فعليه ما نقص من ثمنها بكراً كانت أو ثيبًا لأنها جناية على مال فلا يقتل بالجناية على الأموال والفصل بين استكراهه للحرة والأمة أن الأمة قد يصح له ملكها وهو إذا أسلمت أمته أو ابتاع مسلمة عن إحدى الروايتين، والحرة لا يصح له وطؤها بحال لأنها لا توطأ إلا بعقد نكاح وذلك لا يصح فيه.

فصل

إذا زنى المسلم بنصرانية فعليه الحد لعموم الظواهر والأخبار واعتباراً بالمسلمة، فر

= العقد على المكر لأن الزنا فى دار الإسلام لا يخلو عن إحدى الغرامتين. انظر بدائع الصنائع (٧/ ١٨٠)، انظر الفتاوى الهندية (٢/ ١٥٠).

(١) انظر المدونة (٤/ ٣٨١).

(٢) ثبت فى (ب) (الجنايات).

(٣) ثبت فى (ب) (يفديه).

(٤) ثبت فى (ب،هـ) (النصرانى).

(٥) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٧٣)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٩٤).

اغتصابها فالحكم فيها كالحكم فى المسلمة ، فإن طاوعته فلا حد عليها خلافًا لأبى حنيفة[1] والشافعى[2]، لأنه فعل يجب فيه الحد لحق الله تعالى على التجريد ولا يؤخذ به أهل الذمة كالشرب، ولا يلزم عليه القتل والسرقة والقذف لأنها حق الله أو للآدميين على التجريد ألا ترى أنه لو سرق أو قذف أو قتل ثم أسلم لأقيم ذلك عليه بعد إسلامه.

فصل

للسيد أن يقيم على عبده وأمته حد الزنا والشرب فى الجملة خلافًا لأبى حنيفة[3]، لقوله ﷺ: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»[4]، وقوله: «إذا زنت أمة أحدكم فليحدها»[5]، ولأن له أن يجلدها بحق الملك كالإمام.

فصل

وهذا إذا كانت لا زوج لها وكان زوجها عبدًا للسيد، فأما إن كان لها زوج حر أو عبد لغير السيد فلا يقيم سيدها عليه الحد لأن فى ذلك تصرفًا فى حق الغير وإبطال فراشه ولا يد للسيد على ملك غيره.

فصل

وهذا إذا ظهر حمل أو قامت بينة أو إقرار، فأما برؤية السيد وعلمه[6] ففيه روايتان: (إحداهما سقوطه، والأخرى ثبوته)[7] فوجه سقوط ذلك اعتبارًا[8] بالإمام، ووجه إثباته

(١) ذكره ملك العلماء الكاسانى. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٣٨).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٢/ ٢٦٧)، انظر روضة الطالبين (١٠/ ٩٠).

(٣) حيث قال: ولا يقيم السيد الحد على عبده إلا بإذن الإمام. انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٨٥)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧١).

(٤) أخرجه مسلم فى الحدود (٣/ ١٣٣٠) ح (٣٤/ ١٧٠٥) بلفظ أقيموا الحدود على أرقائكم ، وأبو داود فى الحدود (٤/ ١٦٠) ح (٤٤٧٣)، اللفظ له، والترمذى فى الحدود (٤/ ٤٧) ح (١٤٤١)، وأحمد فى المسند (١/ ١١٩) ح (٧٣٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (أ) عمله.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب،هـ).

(٨) ثبت فى (ب) اعتباره.

أن السيد لا يتهم فى عبده وأمته، والإمام على رعيته لايتهم.

فصل

ولا يقيم عليها حد السرقة إلا الإمام، والفصل بينه وبين سائر الحدود أنه قطع عضوه وذلك مثلة يعتق عليها بها فلو مكناه من ذلك لكان كل من مثل بعبده يدعى أنه قطعهُ فى سرقة فيصير ذريعة إلى انتفاء العتق بالمثلة[1] وسائر الحدود بخلاف ذلك.

فصل

وينبغى للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين الأحرار العدول لقوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور:٢]، [وكذلك السيد فى إقامة الحد على عبده وأمته][2] والطائفة أربعة فصاعداً، والفائدة فى ذلك أنه إن قذفه قاذف فطالب بحد قاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك بإحضار من شهد حده.

فصل

لا يربط المرجوم لأن النبى ﷺ لم يربط ماعزاً ولا غيره ممن أمر برجمه، ولأن رجوعه يقبل ولا معنى لربطه، وكذلك فى الجلد، ولا يحفر له لأنه ﷺ لم يأمر بالحفر، والحدود كلها سواء فى الإيجاع[3] والصفة يجرد فيها الرجل ولا تجرد فيها المرأة ولكن يترك عليها من الثياب ما لا يقيها ألم الضرب لأنها عورة بخلاف الرجل، ويضربان قاعدين خلافًا لمن قال: إنه يقام الرجل[4] لأن القيام زيادة فى الألم لم يرد به شرع، واعتباراً بالمرأة ويجتنب فى ضربهما المقاتل.

مسألة

الحدود ما كانت من جنس واحد وكان سببها واحد تداخلت وأجزأ واحدها عن سائرها، وذلك مثل أن يزنى مراراً أو يشرب مراراً أو يسرق مراراً أو يقذف مراراً واحداً

---

(١) ثبت فى (أ) به المثلة.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت فى (أ) الإجماع.

(٤) وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأبى ثور وابن المنذر. وانظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/ ٣٨٤)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ١٨).

أو جماعة فيجزى حد واحد من ذلك كله، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا﴾ [النور:٢] ولم يفرق، ولأن ذلك كتكرار الإيلاج والاجتراع جرعة بعد جرعة، ولأن ذلك كالأحداث إذا تواترت قبل الطهارة أن ما يجب بها عن الطهارة ما يتداخل، فأما إن كانت من جنس [واحد][1] وأسبابها مختلفة كالزنا والشرب [والقذف فإنها لا تتداخل ويستوفى جميعها إلا أن يكون أحدها فرعًا للآخر فيتداخلان وذلك كحد القذف][2] والشرب لأن الشرب مأخوذ من القذف فشبه به لما روى عن الصحابة [رضى الله عنهم][3] أنهم لما اختلفوا فى تقدير حد الشرب قالوا: (نرى أنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فيجلد حد الفرية[4])[5] وإذا قذف جماعة بكلمة واحدة كفى حد واحد خلافًا لمن قال لكل واحد حد[6]، لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور:٤]، ولأنه قذف واحد فلم يجب به إلا حد واحد، أصله إذا كان المقذوف واحدًا، وإذا كانت الحدود من أجناس كالجلد والقطع استوفيت ولم تتداخل إلا أن يكون فيها قتل فإن ما دونه يدخل فيه إذا كان جهة استحقاقه واحدة، فأما إذا كان الغرض مختلفًا فإن القتل لا يجزى منه كحد القذف يجلد[7] القاذف ثم يقتل لأن الغرض بالحدود دفع[8] المعرة عن المقذوف ولا يكون ذلك إلا بحد قاذفه.

مسألة:

ويجب باللواط إذا حصل الإيلاج الرجم عليهما أحصنا أو لم يحصنا ولا يثبت إلا بما ثبت به الزنا من الإقرار والبينة، وأما وجوب الحد منه خلافًا لأبى حنيفة فى قوله لا

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ا).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٤) ثبت فى (ب) المفترى.
(٥) أخرجه مالك فى الموطأ فى الأشربة (٢/٨٤٢) ح (٢).
(٦) وهو قول الحسن البصرى والشافعى وأبى ثور وابن المنذر. انظر الإشراف (٣/٤٧)، وقال الماوردى: هو قول الشافعى الجديد أما فى القديم فإنه يحد حدًا واحدًا. انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/٢٥٧)، وانظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٠٥).
(٧) ثبت فى (ب) يحد.
(٨) ثبت فى (ب) زوال.

حد فيه وإنما فيها التعزير[١]، فإنه إيلاج فى فرج آدمى مقصود به اللذة فوجب أن يتعلق به الحد كالقتل.

فصل

وإنما قلنا إن الحد هو الرجم خلافًا للشافعى فى قوله وإن كان غير محصن فعليه الجلد[٢]، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: (من وجدتموه على عمل قوم لوط فارجموا الفاعل والمفعول)[٣] ولم يشترط فى ذلك الإحصان، ولأنه أغلظ من الزنا، ولأن المزنى بها جنس مباح وطئها وإنما أتيت على خلاف الوجه المأذون فيه، والذكر ليس بمباح وطؤه فكان فيه أغلظ من حد الزنا، وإنما قلنا إنه لا يثبت إلا بما يثبت به الزنا لأن حده يتعلق به الرجم فأشبه الزنا.

فصل

من أتى بهيمة فلا حد عليه خلافًا لمن قال إنه يقتل أو يحد[٤] لقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحد ثلاث: كفر بعد إيمان أو زنًا بعد إحصان أوقتل نفسٍ بغير نفس»[٥]

---

(١) ذكره الشيخ الموصلى. وقال: وخالفه فى هذه المسألة أبو يوسف ومحمد. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧٦)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٣٤).

(٢) قال الإمام النووى: هذا أظهر قولى الشافعى. والقول الثانى: أنه يقتل محصنًا كان أو غيره وفى كيفية القتل أقوال. انظر روضة الطالبين (١٠/ ٩٠)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٢٢٤).

(٣) أخرجه الترمذى فى الحدود (٤/ ٥٧) ح (١٤٥٦)، وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٥٦) ح (٢٥٦١)، أبو داود فى الحدود (٤/ ١٥٧) ح (٤٤٦٢)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٥٥).

(٤) قال: للشافعى فى هذه المسألة أقوال:

الأول: أنه يقتل رجمًا بالحجارة وقال به البغداديون أو صبرًا بالسيف وقال به البصريون.

والقول الثانى: أنه فى حكم الزنا يرجم إن كان ثيبًا ويجلد ويغرب إن كان بكرًا، وهو قول الحسن البصرى.

والقول الثالث: لا يجب فيه حد ويعزر.

وفى رواية عن أحمد بن حنبل: حكمه حكم اللائط سواء. وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: يقتل. وقال الزهرى: يجلد مائة أحصن أو لم يحصن. وقال جابر بن زيد: يقام عليه الحد إلا أن تكون البهيمة له. انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٢٢٤, ٢٢٥)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٢٦, ٢٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ١٦٣).

(٥) تقدم تخريجه.

وكل هذا معدوم في مسألتنا، ولأنه لم ينتهك حرمة [فرج له حرمة][1] والحد يجب لهذا المعنى.

فصل

ولا تقتل البهيمة خلافًا لمن قال تقتل[2]، لأن نكاح البهيمة لا يوجب قتلها اعتبارًا به إذا نكحها ما هو من جنسها، ولأن قتلها لما لم يجز أن يكون حدًا لاستحالة تكليفها لم يجز أن تقتل لأن القتل الواجب بالوطء لا يكون إلا على وجه الحد.

فصل

إذا ثبت أنه لا حد عليه فيعاقب لركوبه أمرًا ممنوعًا منه محرمًا عليه فوجب زجره عليه[3] لئلا يعود لمثله.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٢) وهو وجه لأصحاب الشافعي. وهو قول أحمد بن حنبل وأبي سلمة بن عبد الرحمن وقال الطحاوي: إن كانت مأكولة ذبحت. وإلا لم تقتل، نقله عنه الشيخ موفق الدين، ونقل عنه الشيخ الماوردي أنه قال: إنها تقتل إن كانت له ولا تقتل إن كانت لغيره. انظر الإشراف (٣/ ٢٦)، انظر الحاوي الكبير (١٣/ ٢٢٥)، انظر المغني لموفق الدين (١٠/ ١٦٤)، انظر روضة الطالبين للنووي (١٠/ ٩٢).

(٣) ثبت في (ب) عنه.

باب

القذف[1] موجب للحد فى الجملة لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور:٤] الآية، وقوله ﷺ لهلال بن أمية: (البينة وإلا حد فى ظهرك)[2]، ولا خلاف فى وجوب الحد به فى الجملة[3].

مسألة

ويجب الحد على القاذف بتسع خصال: خصلتان فيه وخمس فى المقذوف وخصلتان فى الشىء المقذوف به: فأما الخصلتان المشترط وجودهما فى القاذف فالعقل والبلوغ، وأما الخمس المشترط وجودها فى المقذوف فالعقل والبلوغ والإسلام والحرية والعفة عن الفاحشة التى رمى بها كان عفيفًا عن غيرها أو لا، والبلوغ الذى نريده يختلف فى الغلام والأنثى، فأما الغلام فبلوغ التكليف وهو الاحتلام أو غيره مما قدمناه دون إطاقة الوطء، وفى الأنثى إطاقة الوطء وإن لم تبلغ بلوغ التكليف، وقد تضمن اشتراط العقد كونه ممن يتأتى منه الوطء بخلاف العنين والمجبوب غير المعترض ولذلك لم نجعله شرطًا زائدًا ومن أوجبه زاده فى الأقسام، وأما الخصلتان فى الشىء المقذوف: بأن يقذفه بوطء يلزمه الحد وهو الزنا واللواط [لا غير][4] أو أن ينفى نسبه من أبيه، فأما إن قذفه بسرقة أو شرب خمر أو قتل أو كفر فعليه العقوبة ولا يحد.

---

(١) القذف فى اللغة: من قَذَفَ بالحجارة يَقْذِفُ رَمَى بها والمحصنة رماها بزنية والتقاذف الترامى. انظر القاموس المحيط (٣/١٨٣).

وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: القذف الأعم نسبة آدمى غيره لزنا أو قطع نسب مسلم.

والأخص لإيجاب الحد: نسبة آدمى مكلف غيره حرًا عفيفًا مسلمًا بالغًا أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أقطع نسب مسلم. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٦٤٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٢٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٣)، انظر الإشراف لابن المنذر (٣/٤١)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/٢٠١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

وإنما قلنا إن العقل والبلوغ شرطان فى وجوب حد القاذف لأنهما شرطان فى التكليف، والحد لا يجرى إلا على مكلف، ولقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة. . .» فذكر: «الصبى حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق»[(١)].

فصل

وإنما شرطناهما فى المقذوف لأن الحد إنما يراد لزوال المعرة عن المقذوف بأن يحد قاذفه والمجنون والصبى لا يصح الزنا منهما وهما على حال الصغر[(٢)] والجنون فلا عار يدخل عليهما بالقذف، وهذا إذا قذفهما بزنا منهما فأما إن قذف المجنون بزنا منه قبل جنونه فإنه يجلد لأن المعرة تدخل بذلك.

فصل

وإنما قلنا إن من قذف مطيقة للوطء حد وإن لم تبلغ بلوغ التكليف خلافًا لأبى حنيفة[(٣)] والشافعى[(٤)]، لأن المعرة تدخل عليها بالقذف كالبالغ، ولأن حكم وطئها حكم البالغ فى وجوب الغسل والمهر والنفقة والإحصان والإحلال وكذلك فى وجوب الحد بالقذف به.

فصل

وإنما اشترطنا الإسلام لأن عرض الكافر لا حرمة له تهتك بالقذف، ولأن الفاسق الملى لا حد على قاذفه وهو أعظم حرمة من الكافر والكافر أولى.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) الصبا.

(٣) حيث اشترط البلوغ فى إحصان القذف. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٨١). انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٤٠٠).

(٤) انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٧٢)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٢٥٥).

فصل

وإنما شرطنا الحرية خلافًا لمن يقول إن العبد يحد قاذفه[١]، لأن حرمته ناقصة نقصًا أوجبه الرق[٢] كالكافر ولأن كل نقص منع أن يقتل به الحر المسلم منع أن يحد فى القذف، أصله الكفر.

فصل

وإنما شرطنا كونه متمكنًا من الوطء لأن المجبوب ومن جرى مجراه لا يتأتى منه الزنا فلم تلحقه معرة بالقذف [كالصبى][٣].

فصل

وإنما شرطنا أن الحد فى الرمى بالزنا واللواط دون غيرهما بالإجماع عليه[٤] ولأن الله عز وجل[٥] شرط فى تخليصه[٦] من القذف على أن يأتى بأربعة شهود وليس ذلك إلا فى الزنا واللواط.

فصل

وأما إن رماه بالوطء فيما دون الفرج فقال ابن القاسم يحد لأن ذلك من التعريض، وقال أشهب لا يحد لأنه صرح أنه فعل ما ليس بزنا ولا لواط كما لو قال قبلتها[٧].

---

(١) روى عن داود أنه أوجب الحد على قاذف العبد ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٠٢).
ويه قال أيضًا ابن حزم وأصحابه وروى ذلك عن ابن عمر والحسن البصرى. انظر المحلى لابن حزم (١١/ ٢٧١, ٢٧٢).

(٢) ثبت فى (أ،هـ) الكفر.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) محل الإجماع فى الرمى بالزنا فقط. أما الرمى باللواط فلا إجماع على وجوب الحد به لأن عطاء وقتادة وأبو حنيفة قالوا: لا حد على من قذف رجلاً بعمل قوم لوط. ولعل المصنف قصد بالإجماع هنا إجماع المالكية والله أعلم. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٠٩)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٤٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٧٥).

(٥) ثبت فى (ب) تعالى.

(٦) ثبت فى (ب) تخلصه.

(٧) قال الشيخ سحنون فى المدونة: قال ابن القاسم: فأدى فيه الحد وقال غيره: لا حد عليه لأنه =

فصل

وإنما قلنا إذا نفى رجلاً عن أبيه فعليه الحد لأنه قد عره بذلك وقذف أباه وأمه فعليه الحد، ومن نفاه عن أمه فلا حد عليه لأنه كاذب قطعًا، والكذب لا يعر المقول له، والفصل بين قوله لست لأبيك وقوله لست لأمك أن نسب الولد لاحق بأبيه حكمًا ويلحق بأمه مشاهدة [وحكمًا][1] ويقينًا بمشاهدة الولادة وإمكان البينة عليها، ونفى النسب عن الأب لا يعلم صدقه من كذبه فتلحقه المعرة فى نفيه.

فصل

ومن نفى رجلاً من ولائه فهو كنفيه إياه من نسبه لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[2]، وقوله ﷺ: «مولى القوم منهم»[3] وإذا وجب الحد فى نفى النسب وجب فى نفى الولاء، وقال بعض شيوخنا: فيها نظر ويجب أن لا يلزم الحد فى نفى النسب وجوبه فى نفى الولاء لأن نافيه كاذب لأن الولاء يثبت بالعتاقة وهى معلومة مشاهدة فنافيها كاذب، وهو كنافى ولد الأم.

قال القاضى أبو محمد: وفى هذا الذى قاله شيخنا نظر لأن العتاقة معلومة حكمًا لا مشاهدة لأن العتاقة التى يثبت بها الولاء بإعتاقه الملك[4] وكون الإنسان مالكًا[5] لمعتقه لا يعلم إلا حكمًا لا مشاهدة وإذا شاهدناه قد أعتقه فإنما شاهدنا إعتاق من يحكم لكونه مملوكًا كالمعتقة وحكمًا لا قطعًا، وهذا كله إذا نفى المولى عن مولاه الذى باشر عتقه فأما إذا نفى ابن المولى فيجب أن يحكم لنفيه إياه من نسبه[6] لا لنفى الولاء، وإنما قلنا إنه إذا

= صرح بما رماه به وقد ترك عمر زيادًا الذى قال رأيته بين فخذيها. انظر المدونة (٤/ ٣٦٦)، انظر حاشية الدسوقى على شرح الكبير (٤/ ٣٢٨).

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٤١) قال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى وقال: فيه عبيد بن القاسم وهو كذاب. انظر مجمع الزوائد (٤/ ٢٣٤).

(٣) أخرجه البخارى فى المناقب (٦/ ٦٣٨) ح (٣٥٢٨)، النسائى فى الزكاة (٥/ ٨٠) باب (ابن أخت القوم منهم).

(٤) ثبت فى (ب) قلت.

(٥) ثبت فى (ب) المالك.

(٦) ثبت فى (أ) فيجب أن يحد لنفيه أباه عن نفسه.

رماه بالسرقة والقتل وغير ذلك فإنه يعزر لأنه لقد آذاه بذلك وألحق به المعرة بذلك الفعل فيجب ردعه وزجره.

فصل

وليس فى التعزير[1] حد مضروب إلا اجتهاد الإمام فيما يغلب على ظنه أنه ردع للمعزر خلافًا لأبى حنيفة[2] والشافعى فى قولهما لا يزاد على أربعين[3] وقول غيرهما ما [ينقص من الحد خمسة أسواط[4]، لأنه إجماع الصحابة لأن عمر رضى الله عنه جلد معن بن زائدة][5] لما نقش على خاتم بيت المال وأخذ به من صاحبه مالاً فضربه مائة وحبسه ثم كلم به فضربه مائة ثم كلم به ثالثة فقال ذكرتنى الطعن وكنت ناسيًا فضربه مائة، وروى عن على رضى الله عنه أنه ضرب فى التعزير خمسًا وتسعين سوطًا[6]، ولأن الفرض بالحد لما كان الردع والزجر عن ارتكاب ما فعل وجب أن يباح منه قدر ما يحصل به الغرض، ولأنه ضرب رآه الإمام محتاجًا إليه فى ردع المعزر فجاز أن يبلغه، أصله ما دون الحد.

فصل

إذا عرض بالقذف تعريضًا يفهم منهم أنه أراده فعليه الحد وحكمه حكم الصريح، وذلك معلوم بشاهد الحال ومخارج الكلام والأسباب، وقال أبو حنيفة[7] والشافعى لا

---

(١) التعزير فى اللغة من العزر وهو اللوم ويقال: عزره يعزرُهُ وعزَّره والتعزير ضرب دون الحد أو هو أشد الضرب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/ ٨٨).

(٢) قال الشيخ المرغينانى فى الهداية: والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطًا وأقله ثلاث جلدات وهو قول أبى حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطًا. انظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/ ٤٠٦)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧٨).

(٣) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٠/ ١٧٤)، انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٨٨).

(٤) وهو قول ابن أبى ليلى وهو رواية عن الإمام أحمد وهو قول أبى يوسف. انظر الإشراف لابن المنذر (٣/ ٢٢)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٣٤٧)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٧٨).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ثبت فى (ب) عمر.

(٧) ذكره الشيخ الكاسانى. حيث قال: والقذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٤٣).

حد فيه[1]، ودليلنا أنه لفظ يفهم منه القذف كالصريح، إن كابروا وقالوا لا يفهم منه القذف فقد أحالوا المسألة لأن الخلاف فيه إذا فهم منه ما يفهم من الصريح فإذا أحالوا ذلك ارتفع الخلاف.

فصل

حد القذف على الحر ثمانون، وعلى العبد أربعون، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور:٤]، ولأن ذلك فعل النبي ﷺ والصحابة بعده، وعلى العبد أربعون لأن حده على النصف من حد الحر.

فصل

ومن سب النبي ﷺ قتل ولم تقبل توبته، وفي الكافر روايتان: إحداهما أن توبته لا تقبل، والأخرى أنها تقبل وهذا إذا سبه بغير الوجه الذي كفر به وإنما قلنا إن المسلم أو الكافر إذا سب النبي ﷺ قتل أن ذلك علم على ارتداده وقد قال ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»[2] وقوله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجًا مما قضيت﴾ [النساء:٦٥] فأخبر أن الإيمان لا يحصل منهم متى لم يحكموه بينهم ويعتقدوا أنه يحكم بالصواب، ولأن أبا بكر رضوان الله عليه سبه رجل فقام رجل فشهر سيفه ليضرب عنقه فقال أبو بكر: ما الذي أنت صانع فقال أقتله لسبه إياك فقال: ليس ذلك إلا لرسول الله ﷺ[3].

ولم يخالف عليه أحد، ويعرض الكلام في قذفه ﷺ، فنقول إن القذف يراعى فيه الإحصان وللإحصان تأثير فيه يتعلق به الحد فيجب أن يكون منه ما يتعلق به القتل، أصله الزنا.

وقولنا يتعلق به الإحصان احترازًا من الشرب، وإذا ثبت أن منه ما يوجب القتل فليس ذلك إلا للنبي ﷺ، ولأن حد القذف مبني على حسب حرمة المقذوف ألا ترى أنه لا حد على قاذف الكافر لأنه لا حرمة له وكذلك قاذف العبد لنقصان حرمته عن

(١) ذكره الشيخ الماوردي. انظر الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ٢٦١, ٢٦٢).
(٢) تقديم تخريجه.
(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ٩٦) ح (١٣٣٧٧).

الحر، وحرمة النبى ﷺ أعظم من حرمة جميع أمته بمزية لا يشاركه فيها أحد منهم فوجب أن يكون لحد قذفه زيادة على غيره وليس إلا القتل.

فصل

وإنما قلنا إن توبته لا تقبل إعظامًا لحرمته ﷺ ولأن التوبة من قذف غيره لا تقبل فى سقوط الحد ففى قذفه أولى.

فصل

ووجه قوله فى الكافر إذا قال: أنا مسلم أنه يقتل ولا يقبل منه اعتبارًا بالمسلم، ووجه قوله يقبل منه قوله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال:٣٨]، وقوله ﷺ: «الإسلام يجب ما قبله»[١]، ولأن ذلك ليس بأعظم من كفره، والفرق بينه وبين المسلم أن الكافر يعلم منه اعتقاد ذلك وإنما يقتل على إظهاره والمسلم يعلم منه اعتقاد تعظيمه ﷺ فسبه دلالة على ردته.

فصل

إذا أقر بالزنا فإن عين وقال بفلانة وكان ممن يحد قاذفها فإن صدقته حد للزنا دون القذف، وإن أكذبته حد للزنا والقذف لأنه حصل قاذفًا زانيًا، وسواء كان بكرًا أو ثيبًا فإنه يجتمع عليه الحدان ولا يتداخلان[٢] لأن أحدهما يجب لحق الله على التجريد وهو حد الزنا والآخر يتعلق بحق الآدميين فلذلك لم يتداخلا، وقال أشهب يحد للزنا دون القذف، قال: لأنه لا يخلو أن يكون صادقًا أو كاذبًا، فإن كان صادقًا لم يحد للقذف، وإن كان كاذبًا حد للقذف دون الزنا فعلى أى الوجهين كان فلا يجتمع عليه الحدان، وقال شيخنا أبو بكر قد يزل[٣] إلى قسم ثالث وهو أن يكون مكرهًا لها على الزنا فيكن صادقًا فى إقراره على نفسه بالزنا كاذبًا فى قذفه إياها فيجتمع عليه الحدان.

فصل

وإذا لم يعين حد الزنا ولم يحد بالقذف للجهالة بصفة المقذوفة لجواز أن يكون ممن لا يحد على قاذفها.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر المدونة (٣٩٦/٤). انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٧٨/٢).

(٣) ثبت فى (ب) يخلوا.

فصل

وإذا مات المقذوف قبل أن يحد قاذفه فلورثته أن يحدوه لأنه حق من حقوقه يجوز له التوكيل فيه فكان للورثة القيام له اعتباراً بسائر حقوقه، ولأن القذف تنتشر معرته على أولياء المقذوف فكان لهم القيام به.

فصل

إذا قال لابن أمة أو كتابية: يا ابن الزانية فلا حد عليه، فإن قال: يا ابن زنية[1] فعليه الحد، والفصل بينهما أن قوله يا ابن زنية نفى له من نسبه وإضافته إلى فعل لا يلحق الولد فيه، وقوله: يا ابن الزانية قذف لأمه لا نفى لنسبه.

فصل

إذا قال له: يا منبوذ فعليه الحد[2] لأنه عرض له بنفى نسبه لأن المنبوذ منقطع النسب غير لاحق بأحد.

فصل

اختلف عنه فى حد القذف هل هو من حقوق الله أو من حقوق الآدميين وفائدة ذلك أنه إذا كان من حقوق الله فلا يجوز العفو عنه بعد بلوغه إلى الإمام وإذا كان من حقوق الآدميين جاز العفو عنه[3]، والصحيح أنه من حقوق الآدميين بدليل أنه يورث عن المقذوف وحقوق الله لا تورث، ولأنه لا يستحق إلا بمطالبة الآدمى [والله أعلم][4].

* * *

(١) ثبت فى (أ) زانية.

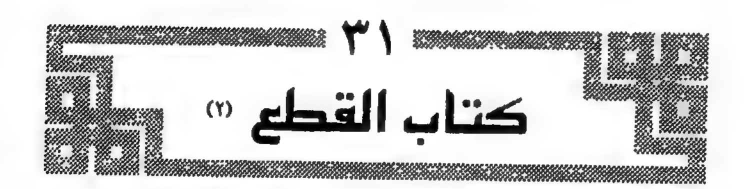
(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٧٧).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٧٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٣١).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

[بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على محمد] (١)



٣١ كتاب القطع (٢)

مسألة

[قال القاضي أبو محمد](٣): ويجب القطع على من يسرق من العقلاء البالغين ربع دينار من الذهب على اختلاف صفاته وأنواعه من جودة أو رداءة أو معمل أو مهمل(٤)، أو ثلاثة دراهم من الورق على اختلاف أنواعها لا يقوَّم أحد الصنفين بالآخر، أو عرض يساوى أحدهما بحيث يكون الغالب من نقده إذا أخرجه من حرزه الذى هو حرز مثله على ما نبينه من بعد، حرًا كان السارق أو عبدًا، مسلمًا كان أو كافرًا، ذكرًا كان أو أنثى، منفردًا أو مشاركًا بربع دينار فما زاد عليه، إذا كان المسروق مما يحتاج إلى التعاون فى سرقته مثل الجذع أو العدل الذى لا يمكن الانفراد بسرقته، فإن كان مما يمكن الواحد كالكيس(٥) وشبه فأخرجه الجماعة من حرز فالقطع على واحد منهم عند مالك،

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) أى: كتاب القطع فى السرقة.

والسرقة فى اللغة : من سرق منهُ الشىء يسرق سرقًا وسرقه واستَرَقَه جاء مستترًا إلى حرزٍ فأخذ مالاً لغيره. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/ ٢٤٤).

وفى الشرع: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هى أخذ مكلف حرًا لا يعقل لصغره أو مالاً محترمًا لغيره نصابًا أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه. انظر شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٤٩).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت فى (ب) أو إهمال.

(٥) ثبت فى (ب) كالكبش.

ومن متأخري أصحابنا من سوى بين الأمرين فأوجب في الموضعين القطع واعتبره بما يحتاج إلى التعاون.

فصل

وإنما أوجبنا القطع بالسرقة في الجملة لقوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة:٣٨] الآية، ولأنه ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم[١]، وقطع سارق رداء صفوان وقال لما قال له: لم أرد هذا هو عليه صدقة: (هلا قبل أن تأتيني به)[٢]، ولأن ذلك إجماع[٣].

فصل

وإنما شرطنا البلوغ والعقل في وجوب القطع لقوله تعالى: ﴿**جزاء بما كسبا نكالاً من الله**﴾ [المائدة:٣٨] وذلك لا يكون إلا بمكلف، ومن شرط التكليف البلوغ والعقل، ولقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث...» فذكر: «الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق»[٤]، ولأن ذلك حد من الحدود فلم يتوجه إلا على بالغ عاقل كحد الشرب والقذف.

فصل

وإنما شرطنا النصاب خلافًا لمن أوجب القطع في سرقة القليل [والكثير[٥]][٦] لما روى أنه ﷺ كان لا يقطع في التافه[٧] وروى (القطع في ربع دينار فصاعدًا)[٨].

---

(١) أخرجه البخاري في الحدود (١٢/ ٩٩) ح (٦٧٩٥)، ومسلم في الحدود (٣/ ١٣١٣) ح (٦/ ١٦٨٦).

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود (٤/ ١٣٦) ح (٤٣٩٤)، والنسائي في قطع السارق (٨/ ٦٢) باب (ما يكون حرزًا وما لا يكون) وابن ماجه في الحدود (٢/ ٨٦٥) ح (٢٥٩٥).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٠)، انظر المغني لموفق الدين (١٠/ ٢٣٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) والكثير: سقطت من (أ).

(٦) وهو قول الحسن وداود وابن بنت الشافعي والخوارج. انظر المغني لموفق الدين (١٠/ ٢٤١)، الإشراف (٢/ ٢٩٠)، انظر روضة الطالبين (١٠/ ١١٠).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) أخرجه البخاري في الحدود (١٢/ ٩٩) ح (٦٧٨٩)، ومسلم في الحدود (٣/ ١٣١٢) ح (١/ ١٦٨٤).

فصل

وإنما قلنا إن النصاب من الذهب ربع دينار، ومن الورق ثلاثة دراهم خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنه لا يقطع فى أقل من عشرة دراهم[١]، لقوله تعالى ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة:٣٨] فعم، ولأنه ﷺ قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم[٢]، وقالت عائشة كان النبى ﷺ يقطع فى ربع دينار فصاعدًا[٣] [وروى القطع فى ربع دينار[٤]][٥] وهذا نص.

فصل

وإنما قلنا إن النصاب من الورق ثلاثة دراهم كانت قيمتها ربع دينار أو أقل لأنه لا يقوَّم الذهب بالفضة ولا الفضة بالذهب، خلافًا للشافعى فى قوله إنه لا نصاب للفضة وأن الاعتبار بربع دينار أو قيمته من الفضة أو العروض[٦]، لقوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة:٣٨]، فالظاهر يعم من سرق ثلاثة دراهم قيمتها دون الربع، ويرى أنه ﷺ قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم[٧]، وهذا يفيد الاعتبار بالدراهم إذا بلغت هذا القدر، ولأنه أصل مال يعتبر فى الأثمان وقيم المتلفات فوجب أن تكون سرقته معتبرة بمقداره فى نفسه دون الاعتبار بغيره، أصله الذهب، ولأن كل حكم تعلق على الذهب والورق اعتبر فيه نصاب من الذهب وجب أن يعتبر فيه نصاب من الورق، أصله الزكاة[٨].

---

(١) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/٨٠٤)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٩٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٠/ ١١٠)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ١٣٩).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

فأما العروض فإنها مقوَّمة بالدراهم دون الذهب فإن ساوى ما سرق منها[1] ثلاثة دراهم قطع سارقه، وكان شيخنا أبو بكر يقول هذا إذا كان الغالب من نقد ذلك الموضع الفضة[2] فإذا كان غالب نقدهم الذهب قوِّمت بالذهب.

فصل

وإنما سوينا بين أنواع الجنس لعموم الظواهر، ولأن كل حكم تعلق بالذهب والفضة اعتبر فيه نصاب يتساوى فيه سائر أنواعه كالزكاة.

فصل

وإنما اعتبرنا أن يسرق من الحرز خلافًا، لمن حكى عنه أن الحرز غير معتبر[3]، لقوله ﷺ: «لا قطع فى تمر معلق ولا فى حريسة[4] جبل، فإذا أواه المراح والجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن»[5] ففرق بين أن تكون محرزة بإيوائها[6] إلى المراح وبين أن تبقى على أصلها فى باب القطع فدل على اعتبار الحرز، وقوله: «ليس على المنتهب قطع ولا على مختلس ولا على خائن ولا على من أخذ وديعة عنده أو مال قراض فلا قطع عليه»[7]

---

(١) ثبت فى (ب) منه.

(٢) ثبت فى (ب) إذا كان غالب نقدهم الدراهم.

(٣) وهو قول عائشة والحسن والنخعى وداود وابن حزم وجميع أهل الظاهر. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٥٠)، انظر الإشراف لابن المنذر (٢/ ٢٩٨)، انظر المحلى لابن حزم (١١/ ٣٢١, ٣٢٢).

(٤) الحريسة جمعها حرائس وهى جدار من حجارة يعمل للغنم. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/ ٢٠٦).

(٥) أخرجه أبو داود فى الحدود (٤/ ١٣٥) ح (٤٣٩٠) وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٦٥) ح (٢٥٩٦) ومالك فى الموطأ فى الحدود (٢/ ٨٣١) ح (٢٢)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٨١)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٥٧ ـ ٤٥٨) ح (١٧٢٠٤).

(٦) ثبت فى (ب) بأنواعها.

(٧) أخرجه أبو داود فى الحدود (٤/ ١٣٥) ح (٤٣٩١) (٤٣٩٢) (٤٣٩٣) والترمذى فى الحدود (٤/ ٥٢) ح (١٤٤٨) والنسائى فى السارق (٨/ ٧٩) باب: ما لا قطع فيه، وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٦٤) ح (٢٥٩١) وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

لأنه لم يمنع منه بحرز[١] فكذلك من أخذ فى دار غير مقفلة[٢] ولا ممنوعة عنه ولا عن غيره.

فصل

وإنما راعينا إخراجه من الحرز لأنه ما دام فى الحرز فلم [تتم السرقة لأن هتك الحرز لا يتم إلا][٣] بإخراج المسروق منه.

فصل

وإنما سوينا بين الرجل والمرأة، والحر والعبد، والمسلم والكافر لعموم الظواهر، ولأن القطع شرع لحفظ الأموال وصيانتها ولم يعتبر فيه تكافؤ الدماء بين السارق والمسروق منه فوجب اعتبار عمومه لأنه ضرب من حد الحرابة بدليل أن المسلم إذا سرق من الكافر وإن كان لا يقاد به إذا قتله فى الحرابة وإن كان لا يقاد به وإنه لا عفو فيه كما لا عفو للولى فى قتل الحرابة قبل التوبة.

فصل

وإنما قلنا إن الاشتراك فى سرقة النصاب لا يسقط القطع خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى[٥]، لعموم الظواهر والخبر، ولأن القطع شرع لصيانة الأموال لئلا تهتك ويجترأ عليها كالقصاص المشروع لحفظ النفوس ثم كان الاشتراك فى القتل لا يمنع القود لأن فى منعه إبطال الغرض الذى وضع له، كذلك الاشتراك، ولأن الجناية[٦] التى

---

(١) ثبت فى (أ) يجوز.

(٢) ثبت فى (ب،هـ) متعلقة.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) فى أنه لا يقطع إلا إذا أصاب كل واحد نصابًا، انظر الهداية للمرغينانى (١،٢/٤٠٩). انظر الفتاوى الهندية (٢/ ١٧١).

(٥) قال الإمام النووى: لو أخرج اثنان من حرز نصابًا أو أكثر ولم يبلغ نصابين فلا قطع عليهما وإن أخرجا ما يبلغ نصابين قطعا جميعًا. وإن انفرد كل واحد بإخراج قطع من بلغ ما أخرجه نصابًا دون من لم يبلغ ما أخرجه نصابًا. انظر روضة الطالبين (١٠/١١٢)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٠٨).

(٦) ثبت فى (ب،هـ) الجنايات.

تستحق بهـا تناول الأعضاء [يجب][١] على الجمـاعة إذا اشتركـوا فيهـا ما يجب على المنفرد، أصله الجمـاعة إذا قطعت يد رجل أو عضواً من غير اليـد، ولأن اشتراكهم فى إخراج المسروق من الحرز يقتضى قطع الجمـيع بدليل أنهم لو سرقوا متاعًا فجعلوه على دابة إلى خارج الحرز لقطعوا.

فصل

وإنما فرقنا بين ما لا يمكن إخـراجه إلا بمعاونة وبين الثوب وغيـره مما لا يحتاج إلى معاونة لأن نسبته السرقة إلى الجميع فيقتضى أن يكون لكل واحد منهم قسط فيها وذلك لا يحصل إلا بـالتعاون الذى لولاه لم يخـرج المسروق من الحـرز، ووجه التـسوية فى إخراجه من الحرز حاصل منهم كالذى يحتاج إلى معاونة.

فصل

والاعتبار بقيمة العـرض المسروق وقت إخراجه من الحرز لا وقت القطع خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن الاعتبار بكمال النصاب وقت القطع[٢] لعموم الظاهر[٣]، ولأن النقص الحادث بعد انفصـال المسروق من الحرز لا يؤثر فى سقوط الحرز، أصله نـقصان العين، مثل أن يسـرق ثوبًا فيتـلف بعضه فى القطع فـرجع إلى ما دون النصـاب، ولأنه سارق لنصاب من حرز مـثله لا شبهة فيـه، أصله إذا لم ينقص القيمة، والاعتـبار فى الحدود حال الوجوب دون حال الاستيفاء، كـالعبد إذا زنى فلم يحد حتى أعتق والبكر إذا زنى فلم يحد حتى أحصن.

فصل

إذا سرق عبداً كبيراً فصيحًا لم يقطع لأن سـرقة هذا لا تصح فإن كان كبيراً أعجميًا أو كان صغيرا قطع لأن هذا فى حكم البهيمة وأدون حالاً من الصغير الذى لا اختيار له ولا تمييز.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره الشـيخ الكاسانى. وقال: ذكـر الكرخى رحمه الله: لا يقطع إذا نقص السـعر وقت القطع وتعتبر قيمته فى الوقتـين جميعًا. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٧٩) ، انظر الفتاوى الهندية (٢/ ١٨٤).

(٣) ثبت فى (ب) الظواهر.

فصل

إذا سرق حراً صغيراً قطع عند مالك[1]، وقال عبد الملك لا قطع عليه وهو قول أبى حنيفة[2] والشافعى[3] ودليلنا ما روى أنه ﷺ ذكر له أن رجلاً يسرق الصبيان فأمر بقطعه[4]، ولأنه حيوان غير مميز سرق من حرز مثله يجب بذله عند الإتلاف كالبهيمة.

فصل

ويقطع فى سرقة الطعام الرطب واليابس من الفواكه والبطيخ وغيره كالقثاء، والتفاح واللحم[5] مطبوخًا ونيئًا خلافًا لأبى حنيفة فى إسقاطه القطع بسرقة رطب الطعام[6]، للظاهر والخبر، وقوله: (لا قطع فى ثمر معلق فإذا أواه الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن)[7]، ولأنه [مال][8] متمملك كاليابس، ولأن القطع يراد للردع والزجر والرطب أحوج إلى هذا من اليابس.

ويقطع فى سرقة المصحف خلافًا لأبى حنيفة[9]، للظاهر والخبر، ولأن كل ما جاز بيعه [وأخذ العوض عليه جاز أن يقطع فى سرقته كسائر الأموال، ويقطع فى سرقة جميع المتمولات التى يجوز بيعها][10] وأخذ العوض عليها: كان أصلها مباحًا كالماء والصيد والتراب والحشيش، أو محظوراً غير مباح كالثياب والعقار ونحوه، خلافًا لأبى

---

(١) انظر الموطأ (٢/٨٣٨)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٨٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٣٣). انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/٣٩٧).

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/٤١١)، انظر الاختيار للموصلى (٣/٢٩٨).

(٣) ذكره الإمام النووى، فقال: الحر لا يضمن باليد فلا قطع بسرقته وإن كان طفلاً لأنه ليس بمال. انظر روضة الطالبين (١٠/١٣٨)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/٣٠٣).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٦٥) ح (١٧٢٣١).

(٥) ثبت فى (ب) دون اللحم.

(٦) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/ ٢١٠)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٦٩).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٩) ذكره الشيخ المرغينانى. وقال: ولا قطع فى سرقة المصحف وان كان عليه حلية. انظر الهداية (١, ٢/ ٤١٠)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٩٨).

(١٠) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

حنيفة فى قوله إن كل ما أصله مباحًا فلا قطع فى سرقته[١]، للظاهر والخبر، ولأنه نوع من مال يتمول فى العادة كالثياب، ولأن أصله مباحًا[٢]، لا يمنع القطع فى سرقته كالعبيد، أصلهم الإباحة لأنهم مباح لمن شاء أن يسرقهم من دار الحرب ويسترقهم[٣].

فصل

يقطع النباش[٤] إذا سرق من القبر كفنًا يساوى نصابًا خلافًا لأبى حنيفة[٥] للظاهر والخبر، ولأنه سارق للنصاب من مال لا شبهة له فيه من حرز مثله فيلزمه[٦] القطع كسائر السراق، ولأن سقوط القطع لا يخلو أن يكون لعدم الملك أو الحرز أو لعدم الخصومة، ولا يجوز أن يكون لعدم الملك لأن الملك ثابت على الكفن إما للميت أو لورثته، ولا لعدم الحرز لأن القبر حرز للميت ولكفنه، ولأن حرز كل شىء ما جرت العادة به ومن دفن ميتًا بكفنه وسد القبر لم ينسبه أحد إلى إضاعة الكفن ولا[٧] إلى تفريط فيه، ولا لعدم الخصومة [لأنها واجبة للورثة أو الإمام إذا لم تبق جهة لسقوط القطع فثبت وجوبه][٨].

فصل

ويقطع من سرق من المغنم ومن بيت المال خلافًا لعبد الملك فى قوله إنه من سرق زيادة على قدر نصيبه بربع دينار قطع وإلا فلا قطع عليه[٩]، ووجه إيجاب القطع الظاهر

---

(١) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/ ٤٠٩, ٤١٠)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٩٧).

(٢) ثبت فى (أ) كون الأبوحة.

(٣) ثبت فى (ب) ويسرقهم.

(٤) النباش: من النبش وهو إبراز المستور وكشف الشىء عن الشىء. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/ ٢٨٩).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى. وقال: هذا عند أبى حنيفة ومحمد وخالفهم فى ذلك أبو يوسف وقال: يقطع النباش. وانظر الهداية (١, ٢/ ٤١٢)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٩٩).

(٦) ثبت فى (ب) فلزمه.

(٧) لا: سقطت من (أ).

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٩) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. وقال طائفة من أصحاب مالك: لا يقطعون السارق من المغنم إلا أن يأخذ فوق نصيبه مقدار القطع فى مثله. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٨١). انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٣).

والخبر، ولأنه سرق مالاً من حرز لا شبهـة له فى عينه كغير المغنم، ولأن كل مال تقبل شهادته فيه جاز أن يقطع فى السرقة منه كمـال الأجنبى، ووجه إسقاطه حصول الشبهة له فيه كالأب يسرق من مال ابنه.

فصل

لا قطع فى ثمر مـعلق ولا نخل ولا شجـر ولا حريسة جـبل إلا إذا أواه الجرين أو المراح قطع فى سرقتـه، والأصل فيه قوله ﷺ: «لا يقطع فى ثمـر ولا كثر»[1] [والكثر الجمار][2] معناه فى رؤوس النخل والشجر لأنه لـم يضعه فيه كمن يقصد إلى إحرازه فيه وإنما هو بوضع الله تعالى، فإذا أواه إلـى الجرين ففيه القطع لأنه أحـرزه فى حرز مثله، والغنم فى الرعى كذلك أيضًا لا قطع فيها لأنها منتشرة[3] فى غير حرز فإذا أواها المراح حصلت حينئذ محرزة.

فصل

ومن دخل داراً فيها منازل متفرقـة لقوم منزل كل واحد مغلق عن منزل الآخر فسرق من بعضها شـيئًا وأخرجه إلى ساحة الدار فعليه القطع لأنه قـد أخرجه من حرزه ولأن من حرزه البيت الذى هو فيه ويغلق بابه عليه[4] دون ساحة الدار فإن كانت الدار لواحد فلا قطع عليه حتى يخرج به من جميعها لأن جـملتها حرزاً لما يكون فيها، فإذا أخرجه إلى ساحتها كان كمن نقله من موضع [من الحرز][5] إلى موضع منه آخر فلا قطع عليه.

فصل

المراعاة[6] فى القطع إخراج الشىء المسـروق من الحرز فمن باشـر ذلك قطع كان هو

(١) أخرجه أبو داود فى الحـدود (٤/ ١٣٤ ـ ١٣٥) ح (٤٣٨٨)، والنسائى فى السارق (٨/ ٧٩) باب (ما لا قطع فيه)، وابن ماجه فى الحدود (٢/ ٨٦٥) ح (٢٥٩٣)، والترمذى فى الحدود (٤/ ٥٢) ح (١٤٤٩).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب، هـ).

(٣) ثبت فى (ب) متسيرة.

(٤) ثبت فى (ب) وتعلق بانه عليه.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٦) ثبت فى (ب) المراعى.

خارج الحرز أو داخله، فلو اجتمع سارقان أحدهما خارج الحرز والآخر داخله فقرب الداخل المتاع إلى موضع النقب داخل الحرز فإن أدخل الخارج يده فأخرجه فعلى الخارج القطع لأنه هو المخرج له دون الداخل، وقد قيل(١) لا قطع عليه لأنه لم يكن منه إخراج فى الحقيقة لأنه كان فى حكم المخرج بتقريبه إلى باب النقب(٢) فصار كالمخرج من غير حرز، فإذا [لم يجب عليه](٣) لم يجب على الداخل لأنه فى الحقيقة لم يخرجه من الحرز وإنما عرضه للإتلاف والإخراج، والقياس أن القطع على الخارج لأنه باشر إخراج المسروق من الحرز.

وإن أخرج الداخل المتاع بيده أو برميه إلى خارج الحرز فعليه القطع لأن الخارج لم يكن له صنع فى إخراجه من الحرز، وقال شيخنا أبو القاسم رحمه الله والداخل إذا قرب المتاع إلى النقب(٤) ولم يخرجه يحتمل أن لا يقطع لأنه نقل المتاع من موضع الحرز إلى موضع آخر ولم يباشر إخراجه من [جملة الحرز](٥)، ويحتمل أن يقطع لأن الخارج لم يتمكن بإخراج السرقة إلا بتقريب الداخل لها إليه فوجب أن يقطعا جميعًا لأنهما اشتركا فى إخراج السرقة من حرزها.

فصل

ويقطع فى أول السرقة اليد اليمنى من الكوع ويحسم بالنار فتكوى، ثم فى الثانية الرجل اليسرى من الكعب، ثم فى الثالثة اليد اليسرى من الكوع، ثم فى الرابعة الرجل اليمنى ثم فيما بعد ذلك الضرب والحبس، واختلف فيه إذا لم يكن له يمين أو كانت شلاء: قيل يقطع رجله اليسرى وقيل بل يده اليسرى، وإذا ذهبت أصابع من اليد فإن كان الباقى أكثر قطعت، وإن لم يبق إلا أصبع أو أصبعان عدل إلى الرجل.

فصل

وإنما أوجبنا القطع من الكوع خلافًا لمن يقول من الأصابع أو الأبط(٦) لقوله تعالى

(١) ثبت فى (ب،هـ) قال.
(٢) ثبت فى (ب) الثقب.
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٤) ثبت فى (ب) الثقب.
(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٦) روى عن على رضى الله عنه : قطع الأصابع من اليد وقطع نصف القدم من الرجل. وقالت =

: ﴿اقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣] والأخذ بأوائل الأسماء واجب، ومن قطع من الكوع سمى مقطوع اليد ولا يسمى بذلك من قطعت أصابعه، ولأن النبى ﷺ فعل ذلك هو والسلف بعده.

فصل

وإنما قلنا يقطع فى الثانية يسرى رجليه لقوله ﷺ: «إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله»[١] وهذا نص وروى أنه ﷺ: «أوتى بسارق فقطع يده ثم أوتى به ثانية قطع رجله»[٢]، ولأن ذلك مروى عن أبى بكر وعمر وعلى رضوان الله عليهم»[٣].

فصل

وإنما يقطع فى الثالثة والرابعة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله لا يقطع[٤] لقول الله عز وجل: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨] ولم يخص يمنى من شمال، وقد قال ﷺ: «إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله»[٥] ولأن كل يد تؤخذ قصاصًا فلها مدخل فى قطع السرقة كاليمنى، ولأنه سرق[٦] مع وجود بعض[٧] الأطراف جاز أن يجب القطع فيها كالأولى والثانية، وفعله أبو بكر رضى الله عنه[٨] ولا مخالف له.

= الخوارج: قطع اليد من المرفق أو المنكب. انظر المحلى لابن حزم (١١/٣٥٧)، انظر الإشراف لابن المنذر (٢/٣٠٦).

(١) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٣/ ١٨١) ح (٢٩٢)، وذكره الحافظ ابن حجر وعزاه إلى الطبرانى وقال: إسناده ضعيف. انظر تلخيص الحبير (٤/٧٦).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٧٤) ح (١٧٢٦٢).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٧٥) ح (١٧٢٦٥).

(٤) قال الشيخ المرغينانى: إن سرق ثالثًا لم يقطع وخلد فى السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر أيضًا ذكره المشايخ رحمهم الله، وهو رواية عن أحمد بن حنبل وبه قال على رضى الله عنه والحسن والنخعى والشعبى والزهرى وحماد والثورى. انظر الهداية (١, ٢/٤١٧)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/٨٦)، انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٧١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى الأصل (سرقة) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٧) ثبت فى (ب) نقص.

(٨) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا فى الخامسة إنه يضرب ويحبس لأن الشرع لم يرد بقطع شىء فى السرقة سوى الأطراف الأربعة فلم يبق إلا تأديبه بالضرب والحبس ولا يجوز قتله خلافًا لمن حكى عنه ذلك[١]، لأن السارق لا يجب قتله كسارق الأولى والثانية.

فصل

وإنما قلنا تحسم بالنار وتكوى لأنها إن تركت تعدى ضررها إلى المرفق وربما أتت على النفس وليس الغرض إلا إبانتها فقط فوجب أن يقتصر على ذلك.

فصل

ووجه القول بأنه إذا لم يكن له يمنى أنه يقطع الرجل اليسرى إن عدم اليمنى من اليدين يوجب قطع اليسرى من الرجلين، أصله إذا قطعت فى السرقة، ووجه الأخرى أن اليد باليد أشبه [بها من][٢] الرجل وأولى أن تقوم مقامها ويؤخذ بها والأول أقيس.

فصل

وإنما قلنا إن الشلاء لا تقطع لأن الغرض بالقطع إبانة منفعتها والشلاء معدومة المنفعة، ولأنه قطع واجب فى طرف يراد به تفويت[٣] منفعته فلا يؤخذ إذا لم يكن فيه منفعة كالقصاص.

فصل

وإنما قلنا فى ذهاب الأصبع ما قلناه لأن بقاء الأكثر يبقى معه أكثر المنافع فكان كذهاب الجميع.

---

(١) روى ذلك عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز.
وعند الإمامية يسجن فى الثالثة ويقتل فى الرابعة. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٧١). انظر المبسوط للطوسى (٨/ ٣٥).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ثبت فى (أ) ترفية.

فصل

إذا سرق الأبوان من مـال الولد لم يقطعا لأن لهمـا شبهة فى مـاله بدليل قوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك»[١]، ولأنه لا يحد إذا زنى بأمـته ولا يجوز له نكاحهـا، ولوجوب النفقة عليه فى إعساره، وحكم الأجداد والجدات حكم الأبوين دنيا[٢] لقوة أمر الولادة.

فصل

وإذا سرق الولد من مالهم قطع خلافًا للشافعى[٣] للظاهر والخبر ولأنه لا شبهة له فى مال أبيه وأمه كالأجنبى بدليل عكس ما ذكرناه.

فصل

ومن عدى عمود النسب الأعلى من الولادة يقطع فى سرقته من مال نسبه[٤] كالإخوة والعمومة والأخـوال وغيرهم، خلافًا لأبى حنيفة فى قـوله لا يقطع فى السرقة من ذى رحم محرم[٥]، للظاهر والخبر، ولأنهـا قرابة لا يقتضى شبهة للسارق فى مال المسروق منه كبنى العمومة.

فصل

الزوجية لا تمنع القطع فى سرقة أحدهما من الآخر خلافًا لأبى حنيفة[٦] وأحد قولى الشافعى[٧] للظاهر والخبر، ولأن الـزوجية لا تقتضى شـبهة فى مال ولا شركـة فيه لأنه عقد على المنافع كالأجير.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) دنيا: سقطت من (ب).

(٣) انظر الأم للشافعى (٦/ ١٣٩). وذكره الشيخ الماوردى. انظر الحاوى الكبير (١٣/ ٣٤٧).

(٤) ثبت فى (ب) نسيبه.

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/ ٤١٣)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٠٠).

(٦) فى قوله أن الزوجية تمنع القطع. وقال الشيخ المرغـينانى: ولو كانت السرقة من الحزر الخاص لا قطع أيضًا. انظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/ ٤١٤). انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٠٠).

(٧) مقطوع قول الشافعى رضى الله عنه: أن لا قطع فى سرقـة أحد الزوجين من مال الآخر إذا كان ذلك من حرز قد اشتركا فى سكناه.

أما إذا كانت السرقة من حرز لم يشتركا فى سكناه ففى قطع كل واحد منهما إذا سرق من مال =

فصل

إذا سرق متاعًا فقطع فيه ثم سرقه ثانية قطع أيضًا خلافًا لأبى حنيفة[1] لأنه حد يجب بإيقاع فعل فى عين فجاز أن يتكرر بتكرار الفعل بها، أصله إذا زنى حد ثم زنى بها ثانية.

فصل

إذا أقر السرقة ثم رجع إلى شبهة سقط عنه القطع ولزمه الغرم لأن القطع حق الله يلزم[2] بالثبوت على الإقرار به ويسقط بالرجوع عنه، والغرم حق لآدمى لا يسقط بالرجوع عنه، وإن أكذب نفسه فعلى روايتان وقد ذكرناه فى الزنا، وهذا فى القطع وأما الغرم فلا يسقط على أى وجه رجع.

فصل

إذا قطع السارق ثم وجد الشىء المسروق عنده لزمه رده إلى مالكه لأنه باق على ملكه لم يخرج عنه بقطع سارقه، ولأن القطع ليس ببدل من العين المسروقة ولا بعوض منها وإنما هو لانتهاك حرمة الحرز.

فصل

وإن تلفت عنده وله مال غرمها، وإن لم يكن له مال لم يتبع بها[3]، وقال الشافعى

= صاحبة ثلاثة أقوال:

الأول: أنه لا قطع على واحد منهما وهو الذى نقله المزنى.

والثانى: يقطع كل واحد منهما إذا سرق من مال صاحبه نص عليه الشافعى فى اختلاف أبى حنيفة والأوزاعى.

والقول الثالث: حكاه الحارث بن سريج القفال: أنه يقطع الزوج ولا تقطع الزوجة. انظر روضة الطالبين (١٠/ ١٢٠)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٣٤٦).

(١) وهو استحسان وذلك فيما إذا تغير حال المسروق عنه فى المرة الأولى كان غزلاً فنسج. والقياس أن يقطع وهو رواية الحسن عن أبى يوسف. انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٠٣) ، انظر الهداية للمرغينانى (١, ٢/ ٤١٣).

(٢) ثبت فى (ب) يلزمه.

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٨٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٤٧).

يتبع بها دينًا فى ذمته كالغصب[١]، وقال أبو حنيفة المالك بالخيار إن شاء قطع ولم يتبعه بالغرم وإن شاء غرمه[٢] ولم يقطعه، ولا يستحق على السارق الجمع بين القطع والغرم[٣] فدليلنا على الشافعى فى أنه لا يتبع فى الإعسار[٤] قوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة:٣٨] ولم يوجب سوى ذلك، وروى عبد الرحمن بن عوف قال: قال رسول الله ﷺ: «وإذا أقيم على السارق الحد لا غرم عليه»[٥]، ولأن إتلاف المال لا يجب به عقوبتان، والقطع عقوبة فلا تجب عليه عقوبة أخرى.

فصل

ودليلنا على أبى حنيفة فى وجوب القطع مع اليسار أن السبب الموجب للقطع غير السبب الموجب للغرم لأن القيمة تجب لأجل الإتلاف والقطع لحق الله تعالى وهو إخراج المال المسروق، وإذا كان كذلك لم يتنافيا وكان كالمحرم يتلف صيداً مملوكًا فيلزمه الجزاء والقيمة، وقال بعض شيوخنا إن أخذ القيمة مع القطع استحسان والقياس ألا يلزم شيئًا لأنه لو لزمه غرمها مع اليسار لزمه ذلك فى ذمته مع الإعسار، وإنما استحسنوا ذلك لجواز أن يكون قد أخذ لها بدلاً وثمنًا فاختلط بماله.

[قال القاضى أبو محمد رضى الله عنه][٦]: والفرق بين هذا وبين قول[٧] أبى حنيفة أن عند أبى حنيفة يسقط القطع إذا اختار المالك إغرامه وعندنا لا يسقط بوجه، وهذا كله إذا كان المسروق نصابًا يقطع فيه فأما إن كان دونه فالغرم واجب مع العسر واليسر لأنه ليس فيه قطع ولا اجتماع عقوبتين.

---

(١) قال الإمام النووى: يرد المال إذا كان باقيًا ويضمنه إن تلف سواء فى ذلك الغنى والفقير. انظر روضة الطالبين (١٠/ ١٤٩)، انظر الحاوى الكبير للماوردى (١٣/ ٣٤٢).

(٢) ثبت فى (ب) ابتعه.

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/ ٤٢١)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٣٠٣)، انظر الفتاوى الهندية (٢/ ١٨٤).

(٤) الذى أثبتناه من (ب) وهو المناسب وفى باقى النسخ (اعتباره).

(٥) أخرجه النسائى فى السارق (٨/ ٨٥) باب (تعليق يد السارق فى عنقه) وهذا مرسل وليس بثابت وهو ضعيف عند أهل الحديث.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) قول: سقطت من (أ).

فصل

ومن سرق من حلى الكعبة فلا قطع عليه وكذلك من قناديل المسجد وآلته لأن ذلك غير محرز فيه لأن دخوله مباح مأذون فيه، ومن أصحابنا من يقول إن كان ذلك نهاراً فلا قطع وإن كان ليلاً وقد أغلقت أبواب[1] المسجد قطع لأن بإغلاق المسجد يصير ما فيه محرزاً فسارقه سارق من حرز فيلزمه القطع.

فصل

إذا سرق حليًا من صبى: فإن كان معه من يحفظه قطع لأن حفظ الحافظ له حرز للحلى ولما عليه، وإن كان مخلى فلا قطع عليه[2] لأن الصبى ليس بحرز لما معه، وإن كابره فلا قطع عليه[3] كان معه حافظ أو لا لأن ذلك غصب وليس بسرقة.

فصل

ويقطع الآبق إذا سرق من غير سيده خلافًا لبعضهم[4]، للظاهر والخبر، ولأنه مكلف سرق نصابًا من حرز مثله لا شبهة له فيه كغير الآبق.

فصل

ولا يقطع العبد إذا سرق من مال سيده، وكذلك المدبر والمكاتب وأم الولد لأن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه رفع إليه عبد سرق من مال سيده فقال عبدكم سرق متاعكم لا قطع عليه[5]. ولأن القطع معلق بالضمان فلما لم يضمن العبد ما استهلك من مال سيده لم يقطع فى سرقته، ولأن القطع شرع صيانة للأموال وحفظًا لها فلو قطعنا العبد فى سرقته من سيده كنا قد أتلفنا ماله وذلك ضد حفظه.

---

(١) أبواب: سقطت من (ب).

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ٣٤٣).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٨٣).

(٤) فى أنه لا يقطع. وهو قول مروان وسعيد بن العاص. انظر المغنى لموفق الدين (١٠/ ٢٧٥).
وقد نسب شيخ الإسلام موفق الدين بن قدامة المقدسى هذا القول إلى الإمام الأعظم أبى حنيفة وليس هذا مذهبه فلا تغتر به. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٦٧).

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ فى الحدود (٢/ ٨٣٩) ح (٣٣)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٤٨٩) ح (١٧٣٠٣).

فصل

وإن سرق عبد رجل من مال زوجة سيده أو عبد امرأة من مال زوجها من موضع قد أحرز عنه ولم يؤذن له فى دخوله فعليه القطع لأن حكم عبيدهم حكم ساداتهم فلما كان أحد الزوجين يقطع فيما سرقه من مال[1] الآخر من موضع قد أحرز عنه وأغلق دونه فكذلك يجب قطع عبده إذا سرق منه، ولأن كل ما يقطع فيه الإنسان يقطع يد عبده فيه وكل ما لا قطع للإنسان فيه فلا يقطع عبده فيه.

فصل

وإذا أتلف السارق المال فى الحرز قبل أن يخرج به أو خرج به بعد إتلافه وهو لا يساوى نصابًا فعليه الغرم ولا قطع عليه[2] لأن الإتلاف إذا لم يتم السرقة فلا قطع فيه ويصير كالغصب والاعتداء من غير سرقة، والمراعى إخراجه بحاله من الحرز أو بلوغ قيمته نصابًا بعد الإتلاف حال إخراجه من الحرز.

* * *

(١) مال: سقطت من (أ).

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٣٨).

٣٢
كتاب العتق [(١)]

إذا أعتق شركًا له فى عبد عتق عليه نصيبه، وقوِّم عليه نصيب شريكه إن كان موسرًا غائبًا كان الشريك أو حاضرًا أذن فى ذلك أو لم يأذن فدفعت القيمة وعتق عليه وكان له الولاء، وليس لشريكه أن يأبى ويتمسك بحصته إلا أن يقول: إما أعتق بحصتى ولا[(٢)] أقوِّمها فيكون ذلك له، ويكون الولاء بينهما إذا أعتقه منجزًا لا مؤجلاً، فإن أعتق إلى أجل كان كمن لا يعتق ودفعت إليه وينجز العتق.

وقال عبد الملك: يقع العتق منجزًا ولا يعتق بالسراية فى أظهر الروايتين بل بالتقدم ودفع القيمة إلى الشريك، ولا يلتفت إلى قول العبد: لا أختار تكميل عتقى به، وإن كان المعتق معسرًا لم يقوَّم عليه وكانت حصة الشريك وفاء بحالها إلا إن اختار الشريك إعتاق نصيبه[(٣)] ابتداء فيكون ذلك له، ولا يلزم العبد السعى فى قيمة نصيب الشريك منه ويبقى رقًا بحاله، وإن لم يكن له من المال من يفى بقيمة نصيب الشريك قوِّم عليه بقدر ما معه وعتق عليه وكان الباقى وفاء سواء كان العبد نصرانيًا أو مسلمًا كان لمسلمين أو لمسلم [واحد][(٤)] ونصرانى أعتقه المسلم أو النصرانى فالحكم فيه على ما ذكرناه إلا أن يكون بين نصرانيين فلا يعرض لهما إذا كان العبد نصرانيًا وإن كان مسلمًا لزم فيه ما يلزم بين المسلمين.

وقال فى المختصر الكبير: لا قيمة على المعتق فإن مات العبد قبل تقويمه فلا شىء

---

(١) العتق فى اللغة: من الكرَم الجمال والنجابة والشرف والحرية ويقال: عتق العبد يعتق عتقًا. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/ ٢٦١).

وفى الاصطلاح عرَّفه الشيخ ابن عرفة الدسوقى بأنه: رفع ملك حقيقى لا بسباء مُحَرَّمٍ عن آدمى حَىّ. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٦١).

(٢) ثبت فى (ب) إلا.

(٣) ثبت فى (ب) حصته.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

على المعتق، وإن كان معسراً فرفع إلى الحاكم فحكم بسقوط التقويم عليه [ثم أيسر بعد ذلك فلا قيمة عليه، وإن لم يرفع حتى أيسر ففيها روايتان: إحداهما وجوب التقويم عليه][١]، والأخرى سقوطه عنه، ومن أعتق من بقية الشركاء حصته بعد إعتاق المعسر حصته فلا قيمة عليه لشركائه، والعبد بين الشركاء مختلفة أنصابهم منه:

أذا أعتق اثنان حصتهما قوِّم نصيب شريكهما الباقي عليهما بقدر أنصبائهما، وقيل على عدد رؤوسهما بخلاف الشفعة، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسراً قوِّم على الموسر وسقط عن المعسر، وكل من بعض العتق باختياره لزم تكميله عليه مثل أن يشترى بعض عبد ممن يعتق عليه كاتبه ابنه[٢] أو أن يهب له[٣] أو يتصدق به عليه أو أن يوصى له به فيقبله أو يأخذه صلحًا على أرش الجناية أو عن دعوى على إقرار أو إنكار أو يشتريه وكيل له وهو لا يعلم أو تصدقه امرأة فى نكاح عالمة به أو ما أشبه ذلك، فأما إن ورثه فلا يلزمه تكميله ولو كان ببعض ما تقدم ذكره بعد عتق ما ملكه بالميراث لم يقوَّم عليه باقيه، ولو تأخر تقويم أمَةٌ عتق بعضها حتى ولدت كان ولدها بمنزلتها يقوَّم[٤] معها، والاعتبار فى القيمة يوم الحكم دون يوم العتق، هذا الحكم فيه إذا كان بينه وبين غيره، فأما إن كان العبد كله له فأعتق بعضه فإن الباقى يكمل عليه، وقد اختلف عنه فى تكميله هل يكون بالسراية أو بالحكم فعنه فى ذلك روايتان:

إحداهما بالسراية، والأخرى بالحكم، ومن أعتق بعض عبده وهو مريض كمل عليه الباقى فى ثلثه، ولو وصى بإعتاق بعض عبده أو بحصته من عبد ففى تكميله روايتان[٥]: إحداهما وجوبه، والأخرى سقوطه.

فصل

وإنما قلنا إنه يعتق عليه حصته من العبد لقوله ﷺ «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»[٦]

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ابنه: سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (أ) يذهب له.

(٤) ثبت فى (ب) مقومين.

(٥) قال ابن عبد البر: من أوصى بعتق بعض عبده لم يعتق منه إلا ما أوصى بعتقه وقد قيل: يكمل عتقه فى ثلثه. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٦٦).

(٦) أخرجه أبو داود فى الطلاق (٢/ ٢٦٤) ح (٢١٩٠). والترمذى فى الطلاق (٣/ ٤٧٧) ح (١١٨١) وابن ماجه فى الطلاق (١/ ٦٦٠) ح (٢٠٤٨) فى الزوائد: إسناده حسن. لأن على =

وهذا يملكه كله، وقوله ﷺ: «من أعتق شركًا له فى عبد قوِّم عليه حصة شركائه»[١]، ولأنه أعتق ملكًا له ليس لأحد حق فيه فوجب نفوذه كالمنفرد به.

فصل

[وإنما][٢] قلنا إنه يكمل عليه نصيب الشريك إذا كان موسرًا لقوله ﷺ «من أعتق شركًا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن المعتق قوِّم عليه قيمة العدل وأعطى شركاءه حصصهم»[٣]، ولأن تبعيض العتق جناية فيلزمه غرم ما أذهبه بجنايته، ولأن العتق مغلب ومبنى على السراية فوجود نقصه يؤدى إلى تكميله.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون موسرًا لقوله ﷺ: «... وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه وإلا فقد عتق منه ما أعتق»[٤] وهذا نص ولأن فى تقويم حصة الشريك عليه وهو معسر إضرارًا به وبالشريك، وإنما لم نفرق بين الغائب والحاضر لعموم الخبر، ولأن الغائب يحكم عليه عندنا فى الحقوق كلها ويستحب التوقف عليه إن كان قريب الغيبة لجواز أن يختار إعتاق نصيبه.

فصل

وإنما لم نفرق بين إذنه وبين عدم إذنه لعموم الخبر، ولأن تكميل العتق يتعلق به ثلاثة حقوق: حق لله تعالى، وحق للعبد، وحق للشريك، فليس له إسقاط حق غيره ولا يصح أيضًا إسقاط حق نفسه قبل وجوبه.

فصل

وإنما شرطنا فى اعتبار حصة الشريك أن يكون بعد أخذ القيمة خلافًا للشافعى فى

= ابن الحسين بن واقد مختلف فيه وكذلك هشام بن سعد وهو ضعيف . أخرج له مسلم فى الشواهد.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) من هنا بداية مطموس فى (ب).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

قوله إنه يعتق بالسراية[١] لقوله ﷺ «من أعتق شركًا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة العدل وأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه»[٢] فشرط فى عتقه أن يقوَّم عليه العبد وأن يدفع إلى الشريك، ولأن تصرف الإنسان فى ملكه لا يسرى إلى ملك غيره كالبيع، ولأنه تقويم لإزالة الضرر عن الشريك كالشفعة وقد ثبت أن ملك المشترى لا يزول عن الشقص إلا بعد قبض الثمن فكذلك فى [العتق][٣].

فصل

وإنما قلنا إن الولاء كله لمن أكمل عليه العتق لأن عتق جميع العبد من جهته فكان الولاء له لقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»[٤].

فصل

وإنما قلنا إنه ليس لشريكه أن يأتى ذلك إذا لم يعتق من حصته لعموم الخبر، ولأن فى ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق العبد من تكميل العتق فلا يترك ومراده.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا اختار إعتاق نصيبه فذلك له لأن الغرض تكميل العتق بينهما فمن أى الشريكين حصل جاز.

فصل

وإنما قلنا إن الولاء يكون بينهما حينئذ لأن العتق حاصل منهما فلهما الولاء بقدر أنصبائهما.

فصل

ووجه قول مالك إنه لا يصح إعتاقه مؤجلاً لأنه باق على الرق إلى أن يحل الأجل، وإن مات قبل الأجل فعلى الرق ويبطل الغرض بتعجيل التكميل، ووجه قول عبد الملك

---

(١) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/١١٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ما بين المعكوفين مطموس فى (أ، ب).

(٤) أخرجه البخارى فى الصلاة (١/٦٥٥) ح (٤٥٦)، ومسلم فى العتق (٢/١١٤١) (٥/١٥٠٤).

أنه خدمة استثناء من لا يجوز له استخدامه فوجب بتخيير عتقه وسقوط استثنائه.

فصل

وإنما قلنا لا يلتفت إلى قول العبد لا أختار تكميل عتقى لعموم الخبر، ولأن فى ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق الشريك فلم يجز][1].

فصل

وإنما قلنا إن المعتق إن كان معسرًا لم يلزم العبد السعى فى قيمة نصيبه منه خلافًا لأبى حنيفة[2]، لقوله ﷺ «من أعتق شركًا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه وأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق»[3] ولأنه عتق من غير جهة من كانت منه الجناية فلم يكن واجبًا كالمكاتب[4]، ولأن العبد لم تكن منه جناية ولا إتلاف وكذلك الشريك الذى لم يعتق وسبب الإتلاف هو من المعتق فإذا لم يلزمه تقويمه فالعبد أولى.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا كان معه قيمة بعض النصيب أخذت منه وعتق بقدرها من العبد لأن وجود المال لما كان شرطًا فى وجوب التقويم على الشريك وجب أن يكون كل جزء من العبد مقابلاً لجزء من المال، فإذا وجد من المال ما يعتق به بعضه عتق منه بقدره.

فصل

وإنما سوينا بين العبد المعتق بعضه مسلمًا أو نصرانيًا لعموم الخبر، ولأن ذلك حكم بين مسلمين فوجب أن يحكم فيه بحكم الإسلام.

فصل

وإنما سوينا بين كون السيد المعتق مسلمًا أو نصرانيًا لما قدمناه، ولأنه حكم بين مسلم

(١) نهاية المطموس الذى نبهنا عليه فى (ب) قبل ذلك.

(٢) فى قوله: إن الشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما فى الوجهين. انظر الهداية للمرغينانى (١، ٢/ ٣٣٧، ٣٣٨)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ١٨٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (ب) كالكتابة.

ونصرانى فوجب أن يعتبر فيه حكم الإسلام اعتباراً بسائر الأحكام.

فصل

ووجه قوله فى العبد المسلم بين نصرانيين: يعتق أحدهما نصيبه منه إنه لا يقوَّم عليه حصة شريكه[1] أن تكميل العتق من حقوق الله تعالى وليس من حقوق الآدميين والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى ووجه إيجاب التقويم أن فى تكميل العتق ثلاثة حقوق: أحدها لله تعالى، والآخر للشريك والآخر للعبد فيجب على هذا أن يكمل على النصرانى المعتق نصيبه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصرانى ومسلم قاله شيخنا أبو القاسم رحمه الله.

فصل

وإنما قلنا إن العبد إذا مات قبل التقويم فلا قيمة على من أعتق حصته منه لأن القيمة تجب بالحكم فإذا مات تعذر التقويم فلم يلزم الشريك شىء لأنه لم يتلف على شريكه شيئًا.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا أيسر بعد الحكم بسقوط القيمة عنه لم يقوَّم عليه لأن الحكم بذلك قد نفذ فلا ينتقض بتغير الحال من بعد، فأما إذا لم يحكم بذلك حتى أيسر فوجه قوله بوجوب[2] التقويم عموم الخبر، واعتباراً بيساره وقت الإعتاق، ووجه سقوطه أن العتق ضرب من الجناية والإتلاف فكان من شرط الغرم[3] فيه اعتبار اليسر وقت الفعل دون وقت الحكم اعتباراً بغيره من الجنايات.

فصل

وإنما قلنا إن الشريك الآخر إذا أعتق فلا قيمة عليه لشريكه الباقى لأن الجناية بتبعيض العتق سابقة لإعتاقه، والقيمة إنما تلزم بالجناية.

---

(١) ثبت فى (أ) حصته الشريك.

(٢) ثبت فى (أ) يوجب.

(٣) ثبت فى (أب) العدم.

فصل

ووجه قوله إن القيمة بين الشركاء [المعتقين على قدر أنصبائهم أنه حق لله تعالى تتعلق بالمال لإزالة الضرر عن الشركاء][1] فكان على قدر الأنصباء اعتباراً بالشفعة، ووجه قوله إنها على عدد[2] الرؤوس تساويهم في الجناية بالتبعيض والضرر لا يختلف لكثرة التبعيض وقلته، وإنما قلنا يقوَّم على الموسر ويسقط عن المعسر لأن الموسر إذا انفرد بإعتاق نصيبه يلزمه قيمة نصيب شريكه والقيمة لا تلزم المعسر فكان انضمامه إلى الموسر غير مؤثر في القيمة عنه إذا كان وجوده كعدمه، وقال عبد الملك يقوَّم على الموسر بقدر ما كان نصيبه إن كان شريكه المعسر موسراً، ووجه ذلك أنه لم ينفرد تبعيض العتق وإدخال الضرر بل شاركه غيره في ذلك فإذا سقط حق الذي لم يعتق على المعسر لم ينتقل إلى الموسر.

فصل

وإنما قلنا إن من ملك جزءاً ممن يعتق عليه بالنسب بشراء أو غير ذلك من اختيار التمليك فإن الباقي يقوَّم عليه فلأن تملكه باختياره قصد منه إلى إعتاق ما يملك منه فكان كمبتدئ العتق في حصته من عبد مشترك بينه وبين غيره فلزمه تمليكه، وفرقنا بين ذلك وبين أن يرثه لأنه لا صنع له في الميراث فلا ينسب تبعيض العتق إليه.

فصل

وإنما قلنا إنه إن ورث بعضه فعتق عليه ثم اشترى منه جزءاً آخر أو قبل هبته منه عتق عليه ولم يقوَّم باقيه لأن ابتداء تبعيض العتق لم يكن من جهته، فما يتجرد منه بعد ذلك ليس بجناية توجب عليه التقويم كالشريك الثاني يعتق بعد إعتاق الأول فلا يقوَّم عليه نصيب الثالث.

فصل

وإنما قلنا إن الأمة تقوَّم بولدها إذا تأخر تقويمها لأن العتق قد تعذر فيها وقد ثبت لها وكان حكم ولدها حكمها، وسواء كانت حاملاً يوم العتق للجزء منها أو حملت بعد

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت في (ب) على قدر.

ذلك لأنه داخل فى حكمها ومقوَّم على معتق سهمه منها.

فصل

وإنما قلنا إن الاعتبار فى القيمة يوم الحكم دون يوم[١] العتق لأن القيمة يتقدر وجوبها بالحكم لا بنفس الإعتاق، ألا ترى أن الشريك لو اختار إعتاق حصته لكان له ذلك، فما لم يحكم بها لا يجب، وإذا كان كذلك كان الاعتبار بها يوم الحكم دون يوم العتق.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا أعتق جزءًا من عبد يملك جميعه عتق عليه الباقى لأنه مبتدئ تبعيض العتق فوجب أن يكمل عليه[٢] باقيه، أصله العبد المشترك، ولأن الحكم عليه فى حصته أقوى من الحكم فى حصة غيره فلما كان التكميل[٣] واجبًا عليه فى حصة غيره كان فى حصة نفسه أولى.

فصل

ووجه الرواية الظاهرة أنه يعتق الباقى بالحكم اعتباره[٤] بالعبد بين الشريكين، ووجه السراية أنه مبنى على التغليب فإذا بعّض فى حق نفسه لم يبعّض وسرى إلى الجميع، كان لو قال يدك حرة أو رجلك، ويفارق ذلك العبد المشترك لأن تكميل العتق هناك جهة [غير جهته][٥] يمكن فيهما، بخلاف المنفرد به.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا ابتدأ ذلك فى مرضه قوِّم عليه الباقى فى ثلثه لأن التصرف على غير وجه المعارضة لا يجوز فى المرض إلا فى الثلث كالهبة والصدقة.

فصل

ووجه قوله فى الوصية بإعتاق بعض عبده أو بشرك له فيه فإنه يكمل عليه بقيته

---

(١) يوم: سقطت فى (ب،هـ).

(٢) ثبت فى (ب) استتمامه.

(٣) ثبت فى (أ،هـ) التمليك.

(٤) ثبت فى (ب) اعتبارًا.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

عموم الخبر، والمعتق فى وصيته معتق، ولأنه مختار للتبعيض[١] فأشبه مباشرة الإعتاق فى الحياة [وإذا وجب التكميل فهو فى الثلث لأن حكم الثلث بعد الوفاة حكم جميع المال فى الحياة][٢]، ولأنه لا يملك بعد موته إلا الثلث، ووجه نفى التكميل أن ملكه قد انتقل إلى ورثته وليس له إلا ما تصرف فيه من ثلثه وما لم يتصرف فيه فى وصيته فهو للورثة ولم يكن من الورثة جناية توجب تكميل العتق عليهم فلا يجب التكميل[٣] فى حقوقهم.

(١) ثبت فى (ب) لتبعيض العتق.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ا).
(٣) ثبت فى (ب) التقويم.

باب

ومن أعتق فى مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم ومات من ذلك المرض أقرع بينهم فأعتق الثلث ممن خرج عليه السهم منهم ورق الباقى ولا يعتق من كل واحد ثلثه وقال أبو حنيفة لا مدخل للقرعة فى العتق أصلاً ولكن يعتق من كل واحد ثلثه[١] ويستسعى فى قيمة بقيته فإذا أداها إلى الورثة عتق[٢].

و دليلنا حديث عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له فى مرضه لا مال له غيرهم فبلغ ذلك النبى ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة[٣] ففيه أدلة: [أحدها أنه ﷺأقرع، وعند المخالف أنه لا يقرع][٤]، والثانى أنه أعتق اثنين كاملين وعندهم لا يعتق رأس كامل، والثالث أنه نقل الحكم والسبب فلم ينقل الاستسعاء فدل على أنه غير واجب ولأن المريض ممنوع من جميع ماله فلم يكن له أن يعتق كل عبيده إذا كان لايملك غيرهم فإذا فعل ذلك عتق منه الثلث الذى كان يملك التصرف فيه ورق الباقى ولم يكن بعضهم أولى من بعض إذن لا مزية لبعضهم واحتيج إلى تمييز من يعتق من نصيب الورثة فلم يكن إلى ذلك طريق إلا الإقراع.

فصل

ولو قال ثلث رقيقى أحرار أسهم بينهم لأنه لم يعين فوجب الإقراع لتمييز نصيب العتق[٥] من نصيب الرق اعتباراً بعتق جميعهم ولو قال ثلث كل واحد منهم حر لم يقرع بينهم لأنه قد تميز نصيب العتق[٦] من نصيب الرق وقصد إلى إعتاق ثلث كل واحد منهم

---

(١) ثلثه: سقطت من (أ).

(٢) انظر الهداية للمرغينانى. انظر الهداية (١, ٢/ ٣٤٣). انظر الفتاوى الهندية (٢/ ٢٠).

(٣) أخرجه مسلم فى الأيمان (٣/ ١٢٨٨) ح (٥٦/ ١٦٦٨)، وأبو داود فى العتق (٤/ ٢٧) ح (٣٩٥٨)، والترمذى فى الأحكام (٣/ ٦٣٦) ح (١٣٦٤)، والنسائى فى الجنائز (٤/ ٥١) باب (الصلاة على من يحيف فى وصيته) وابن ماجه فى الأحكام (٢/ ٧٨٥) ح (٢٣٤٥). وأحمد فى المسند (٤/ ٥٢١) ح (١٩٨٤٩).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت فى (أ) المعتق.

(٦) ثبت فى (أ) المعتق.

فنفذ العتق فيه ولم ينقل إلى غيره، وإذا أعتق الثلث شائعًا فلم يقصد عتق عبد بعينه ولا ميزه من غيره ولذلك وجب الإقراع.

فصل

والمعتق بعضه يكون له من نفسه بقدر ما فيه من العتق يقاسم سيده الخدمه كالعبد بين شريكين[١] وماله موقوف بيده ليس للسيد انتزاعه كالمشترك أنه ليس لأحد الشريكين أخذ ماله بغير إذن الآخر، وحاله فى جراحه وحدوده حال عبد فى أنه لا يقتص له من حر ولا يحد الأحرار ولا يكون محصنًا ولا تقبل شهادته لأن أحكام الرق أغلب عليه[٢] من أحكام الحرية، كذلك إن مات ورثه من يملك بعضه كالعبد لأن الرق مقدم على الحرية، ولأن المواريث[٣] طريقها الفضيلة ولم يبلغ منزلة الفضيلة فيرث أو يورث ولا شىء لمن أعتق نصيبه منه لأنه لا حكم لبعض الولاء مع الرق.

فصل

ومن مثل بعبده فقطع بعض أطرافه أو أعضائه أو سجل أسنانه أو فقأ عينه قاصدًا لذلك لزمه إعتاقه خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[٤] لقوله ﷺ: «من مثل بعبده عتق عليه» وروى «فهو حر عليه»[٥] ولأن ذلك عقوبته لئلا يعود إلى مثله فعوقب بعتقه كعقوبة القاتل عمدًا بمنع الميراث.

وإذا أراد أدبه فأصابه من ذلك ما لم يرده فلا يعتق عليه لأن الخطأ لا يستحق عليه به عقوبة لأنه غير مقصود ولا إثم فيه.

وإذا أعتق عليه فولاؤه له لأنه هو المعتق له وإن كان معتقه مستحقًا عليه كالعتق فى الكفارة ومن يعتق عليه من نفسه، وعنه فى كيفية عتقه روايتان:

---

(١) ثبت فى (ب) بين رجلين شريكين.

(٢) عليه: سقطت من (ا).

(٣) ثبت فى (ب) الموارثة.

(٤) ذكره الإمام النووى فى شرح صحيح مسلم وقال: قال سائر العلماء: لا يعتق عليه. انظر صحيح مسلم بشرح الإمام النووى (٦/ ١٢٧).

(٥) أصله عند مسلم بلفظ: من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته أن يعتقه أخرجه مسلم فى الأيمان (٣/ ١٢٧٨) ح (٢٩/ ١٦٥٧)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٦٨).

إحداهما أنه [يعتق عليه][(١)] بنفس المثلة[(٢)] دون الحكم، والأخرى دون نفس المثلة، فوجه الأولى قوله ﷺ: «من مثل بعبده عتق عليه»، وروى «فهو حر عليه»[(٣)] وظاهره يفيد بنفس الفعل، ووجه الثانية أنه فعل من جهته فى العبد استحق به إعتاقه بالشرع فوجب أن يفتقر إلى الحكم[(٤)] كتبعيض العتق.

فصل

ومن أعتق عبداً[(٥)] تبعه ماله إلا أن يشترطه السيد، وكذلك إذا أوصى بعتقه لقوله ﷺ «من أعتق عبداً وله مال فماله له إلا أن يستثنيه سيده»[(٦)]، وكذلك حكم إعتاقه المباشر فى الوصية واحد، ولهذه المسألة فروع مبنية على أصلين يختلف قول مالك فيهما وهما: بيع العبد، وعتقه لم يختلف قوله فى أن البيع يكون المال للبائع إلا أن يشترطه المشترى وفى العتق يكون تابعًا للعبد إلا أن يستثنيه السيد.

واختلف عنه فى الوصية به وهبته بغير عوض والتصدق به وإسلامه فى الجناية فعنه فيها روايتان: إحداهما أن ماله يتبعه، والأخرى أن ماله لسيده الأول، وإنما يختلف فى ذلك لاختلاف تعليل الأصلين فالبيع والعتق معللان بإحدى علتين: إحداهما أن البيع خروج ملك بعوض فلذلك لم يتبع العبد ماله، والعتق خروج ملك بغير عوض [فلذلك تبعه ماله فعلى هذا الاعتلال يكون ماله فى الوصية والصدقة والهبة تابعًا له لأن كل ذلك خروج ملك بلا عوض][(٧)]، وفى أرش الجناية لا يتبعه لأنه خروج ملك بعوض والأخرى أن علة البيع أنه خروج ملك إلى[(٨)] ملك فلذلك لم يكن تابعًا له، والعلة فى العتق أنه خروج ملك إلى غير مالك لذلك يتبعه ماله وعلى هذا يكون فى الوصية والهبة والصدقة ماله لسيده الأول لا يتبعه لأنه خروج ملك إلى مالك كالبيع.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٢) ثبت فى (ب) بالمثلة.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) ثبت فى (ب) حاكم.
(٥) ثبت فى (ب) عبده.
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٨) إلى سقطت من (ب).

فصل

ولا يتبعه ولده لأن ولده ملك لسيده فلا يتبعه كسائر أملاك[1] سيده.

فصل

ومن أعتق حاملاً عتق جنينها معها[2] لأن كل ولد حدث من تزويج أو زنا فهو تابع لأمه فى الحرية والرق، وكل عقد فى الرقبة لا سبيل إلى حله اعتباراً بالأمة تزوج، ولأنه لا يوجد فى الأصول حرة حامل[3] بعبد.

فصل

عتاقة المديان الذى أحاط الدين بماله لا تجوز إلا بإجازة الغرماء[4] لأن حقوق الغرماء متعلقة بماله وذمته ولهم التسلط على انتزاع ماله من يده فى حقوقهم ففى إعتاقه إتلاف أموالهم فلا ينفد إلا بإجازتهم.

فصل

عتاقة المولى عليه غير جائزة لأن الحجر عليه يمنعه من التصرف فى ماله فيما [ليس بحظ له وجواز ذلك إتلاف][5] ماله وزوال فائدة الحجر.

فصل

عتاقة الغلام والجارية قبل بلوغهما غير جائز[6] لأنه قبل البلوغ لا حكم لقوله ولا لعقوده ولأنه ممنوع من التصرف فى ماله بالحجر الثابت عليه، ولأن البالغ المولى عليه لا

---

(١) ثبت فى (ب) أموال.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٦٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٧٦).

(٣) ثبت فى (أ) حاملة.

(٤) ذكره ابن عبد البر ثم قال: فإن أعتق بغير إذنهم كانوا بالخيار فى إجازة عتقه ورده. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٦١)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٥٩).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٥٩)، انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٤٠٩, ٤١٠).

ينفذ[١] عتقه فالصغير أولى.

فصل

إذا وطء المديان أمة لا يملك غيرها وحملت فإنها تكون أم ولد ويتعلق حقوق الغرماء بذمته ولا تباع فى الدين، والفرق بين ذلك وبين أن يعتقها بالقول فلا ينفذ إلا بإذن الغرماء أن الفعل إذا وقع لا يمكن إزالته وقد استقر عقد العتق فتعذر إبطاله ألا ترى أن المريض لا ينفذ عتقه بالقول فلو وطء أمة فحملت لكانت أم ولد.

فصل

الذين يعتقون على ملاكهم بالقرابة عمودى النسب الأعلى والأسفل كالوالدين والأجداد والجدات من قبل الأب والأم قربوا أو بعدوا والوارثين وغير الوارثين وأولادهم الذكور والإناث منهم والإخوة والأخوات من أى قبيل كانوا هم أنفسهم لا يتعدى ذلك إلى أولادهم ولا يعتق من سواهم من عم أو عمة أو خال أو خالة لا من يحرم منهم ولا من لا يحرم[٢].

والكلام فى هذه المسألة فى ثلاثة مواضع: أحدها وجوب العتق فى عمودى النسب خلافًا لداود فى قوله لا يعتق أب ولا ابن إلا أن يبتدئ المشترى بإعتاقه[٣]، والثانى فى الإخوة خلافًا للشافعى فى قوله: إنهم لا يعتقون[٤]، والثالث مع أبى حنيفة فى قوله إن كل ذى رحم يعتق بالملك[٥].

فدليلنا على داود قوله تعالى: ﴿وقالوا اتخذ الرحمن ولداً * لقد جئتم شيئًا إدًا...﴾

---

(١) ثبت فى (أ) لا ينعقد.

(٢) انظر المدونة (٢/ ٣٨٥)، وذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٤/ ٩٧١)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٦٦).

(٣) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة.
قال: وهو قول داود وأهل الظاهر. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٢٤٨)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٨٢).

(٤) قال الشيخ الشيرازى: وإن ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب لم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٤). انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٨٢).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية. انظر الهداية (٢/ ٣٣٥)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ١٨١).

إلى قوله تعالى: ﴿وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً * إن كل من في السموات والأرض إلا آتي الرحمن عبداً﴾ [مريم:٨٨ ـ ٩٣] فنفى عن نفسه اتخاذ الولد وعلل ذلك بأن الكل عبيد له وذلك ينفي كون الولد عبداً، وقوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[١] ولأن المخالف لا يخلو أن يقول إن الإنسان إذا ملك أباه وابنه فإنه يعتق عليه بنفس الملك فذلك قولنا، أو يقول لا يعتق عليه بل يؤمر بإعتاقه ويلزم ذلك، وكل هذا خلاف الأصول لأن الإنسان لا يستحق عليه إيقاع حرية في ملكه بغير سبب كان من جهته كالنذر والكفارة.

فصل

ودليلنا على الشافعي عموم الخبر، ولأن الأخوة نسب يحجب الأم عن الثلث إلى السدس كالولادة، ولأن التعصيب يكون من ذكورهم لإناثهم[٢] كالولد.

فصل

ودليلنا على أبي حنيفة في العم والخال لأن كل من حلَّت لإنسان[٣] بنته بعقد نكاح أوبملك يمين لم يعتق عليه بالملك كذلك[٤] العم لأن ابنته تحل لابن عمها، ولأن كل جنس يرث ذكورهم دون أبنائهم فلا يعتقون بالملك كبني العم.

فصل

ولا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم بل يعتقون به بنفس الملك لقوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[٥]، ولأن الحاكم إنما يراد فيما يجوز تبقيته بوجه فأما سوى ذلك فلا حاجه بالحاكم إليه[٦].

ومن أعتق عبده أو أمته إلى أجل لم يعتق إلا بعد حلوله بخلاف الطلاق إلى أجل

---

(١) أخرجه أبو داود في العتق (٤/ ٢٥) ح (٣٩٤٩) وابن ماجه في العتق (٢/ ٨٤٣) ح (٢٥٢٤) والترمذي في الأحكام (٣/ ٦٣٧) ح (١٣٦٥)،وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعي (٣/ ٢٧٩).
(٢) ثبت في (ب) من ذكرهم لا بنائهم.
(٣) ثبت في (أ) من حله الإنسان.
(٤) ثبت في (ب) أصله.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) ثبت في (ب) بالحكم فيه.

لأن الوطء لا يتوقف فلما اعترض هذا المعنى فى الطلاق أنجزناه ولم يعترض مثله فى العتق فتركناه على موجب عقده ولم يجز له وطء الأمة المعتقة إلى أجل لأن المعنى فيها وفى الزوجة [واحد: وهو منع توقيت الوطء إلا أن فى الأمة لم يتنجز الحرية لأنه يجوز أن يبقى ملكه على من لا يجوز له وطؤها، وفى الزوجة لا يجوز أن يبقى عقده على من][1] لا يجوز له وطؤها لأنه ليس منها إلا الوطء فإذا حرم ذلك[2] زال العقد.

فصل

إذا أعتق عبده وله أمة حامل تبعته أمته ولم يتبعه ولده لأن أمته ماله ومال العبد فى العتق تابع له وولده ملك لسيده لأنه لا يملك ولد نفسه.

ولو أعتق العبد الأمة وهى حامل لم ينفذ عتقها وهى حامل حتى تضع لأن فى نفوذ عتقها أحد أمرين ممنوعين: إما إن يعتق الأمة دون الحمل فذلك غير جائز لأن استثناء حمل الأم فى العتق غير جائز، أو أن تعتق هى وحملها فيؤدى ذلك إلى أن يعتق على غير ملكه بغير اختياره ولا جناية كانت منه، فلما كان مؤديًا إلى ما ذكرناه من المنع وجب وقفه إلى أن تضع وتعتق الأمة [ويكون الولد للسيد والله أعلم][3].

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذلك سقطت من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

باب[١] : الولاء[٢]

لا يحل بيع الولاء ولا هبته[٣]، والأصل فيه نهيه ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته، وقوله ﷺ «الولاء لحمة كلحمة النسب [لا يباع ولا يوهب»[٤]، والولاء لمن أعتق لقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»[٥] وليس للعبد صرفه إلى غير معتقه لقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب][٦] ومن ادعى إلى غير أبيه أو توالى غير مواليه فعليه لعنة الله»[٧].

فصل

لا يرث النساء من الولاء شيئًا وإذا ترك المعتق ولدًا ذكورًا وإناثًا فالولاء للذكور من ولده دون الإناث وهذا إجماع الصحابة رضوان الله عليهم[٨] والأصل فيه أن الولاء

(١) ثبت في (ب) كتاب.

(٢) الولاء في اللغة من الولىء وهو القرب والدنو والولي الاسم منه والمحب والصَّديق والنصير والولاء الِملك والمولى المالك والعَبدُ والمعْتِق والمعتَقُ والصاحب والقريب. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٤/ ٤٠١).

وفي الاصطلاح: صفة حكمية توجب لموصوفها حكم العصوبة عند عدمها كائن. انظر الفواكه الدواني (٢/ ٢/ ١٦١).

وقال الشيخ الرصاع: الولاء لم يعرِّفه الشيخ رحمه الله تعالى ولم يذكر رسمه ويظهر في سر ذلك أنه لما ذكر الحديث المشهور في قوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب» فكأنه تمييز له من إمام العارفين ومن آتاه الله علم الأولين والآخرين والحقائق الشرعية مأخوذة عنه ومنه فلا حقيقة له غير ما ذكره وبينه. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٧٠).

(٣) انظر المدونة (٣/ ٧٧)، انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٩٧٥)، انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٤٢٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ا).

(٧) ذكره الحافظ الهيثمي وعزاه إلى الطبراني في الأوسط وقال: فيه عبد الله بن عطية وقال الذهبي: لا أعلم من روى عنه إلا منيب وبقية رجاله ثقات . انظر مجمع الزوائد (٤/ ٢٣٥).

(٨) ذكره ابن قدامة. انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٢٦٤) وقال ابن المنذر في الإجماع: إن النساء لا يرثن من الولاء إلا من أعتقن وأعتق من أعتقن وانفرد طاووس فقال النساء. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٢٧).

يورث بالتعصيب المحض والنساء لا تعصيب فيهن فلم يرثن بالولاء وإنما قلنا إنه يورث بالتعصيب لأن الميراث يكون بثلاثة أوجه: إما برحم كالولاده وما تعلق به من النسب أو بالنعمة[١] أو بالتعصيب وهو الولاء ولأنه ليس فى العتق أكثر من النعمة التى حصلت من جهة المعتق فجعلته عصبة، وإذا كان كذلك لم يرث منه النساء لأنهن لايرثن إلا بالرحم، ولأن النسب أقوى فى التوريث له من الولاء بدليل أنه لا يورث بالولاء وهناك نسب ما يورث به فإذا ثبت ذلك لم يكن للنساء مدخل فى التوريث مما تراضى من النسب، كان بأن لا يكون لهن مدخل فى الولاء أولى[٢].

فصل

وأولى العصبة بإرث الولاء[٣] الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم الجد ثم العمومة[٤]، ثم ابن العمومة[٥] وإنما قلنا إن الابن أولى لما قدمناه من أن الولاء مستحق بالتعصيب المحض دون الرحم ويختص به من قوى تعصيبه على غيره، وتعصيب البنوة أقوى من التعصيب بالأبوة والجدودة لأن تعصيب الجدودة والأبوة يشوبها الرحم والولادة وتعصيب البنوة محض لا يشوبه شىء فكان البنون[٦] أولى من كل أحد.

وإنما قلنا إن ابن الابن وإن سفل أولى من الأب أو غيره للاتفاق على أن ابن الابن قائم مقام الابن عند عدمه فى كل الأحكام وكذلك فى الولاء.

وإنما قدمنا الأب على الجد والإخوة لأنهم يدلون به فكان مقدم على من يدلى به ألا ترى أن الجد يقول أنا أبو أبى الميت والإخوة يقولون نحن بنى أبيه فكلهم يدلون[٧] بقربهم من الأب فوجب أن يكون الأب مقدمًا على من يدلى به ويستفيد القرب من جهته.

---

(١) ثبت فى (ب) من الرحم أو بالصهر.

(٢) أولى: سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (ب) الولى.

(٤) ثبت فى (أ) العم.

(٥) انظر المدونة (٣/ ٨١). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٧٥)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٤٨).

(٦) البنون سقطت من (ب).

(٧) ثبت فى (ب) يدلى.

وإنما قلنا : إن الإخوة وبنيهم في ميراث الولاء مقدمون[(١)] على الجد خلافًا لأبي حنيفة[(٢)] والشافعي في قولهما : إن الجد أولى[(٣)] لأن تعصيب [الإخوة أقوى من تعصيب][(٤)] الجدود وأقرب إلى الميت لأن الجد يدلي بأبوة الأب والإخوة يدلون ببنوة الأب والإدلاء بالبنوة أقوى من الإدلاء بالأبوة: ألا ترى أن الأب يصير مع الابن بمنزلة الأم يأخذ بالفرض ويسقط تعصيبه فكان الأخ مقدمًا على الجد في ذلك، وإنما قلنا إن بني الإخوة كالإخوة لأن الإدلاء بالبنوة موجود فيهم والنزول لا يؤثر في ذلك ألا ترى أن ابن الابن وإن سفل مقدم على الأب وعلى الجد.

وإنما قلنا إن الجد مقدم على العم لأن العم يدلي بالجد فكان الجد مقدمًا على من يدلي به فكذلك العمومة مقدمون على بنيهم لهذا المعنى.

فصل

الولاء يستحق بالكبر فلا يستحق البطن الثاني منه شيئًا ما بقي من البطن الأعلى موجود وبيان ذلك: أن يموت رجل ويترك ولاء وثلاثة بنين فيرث البنون بالسوية ثم يموت اثنان ويتركا ابنين ويموت المولى فيكون ميراثه للابن الباقي دون بني إخوته.

وإنما قلنا ذلك لأن الولاء مع اختصاصه بالتعصيب يختص بمن قوي تعصيبه وقرب دون من بعد عنه، وليس هو من باب ميراث المال بسبيل بدليل أن الميت لو ترك ابنًا واحدًا لم يستحق الجد شيئًا، وإنما هو من باب الولاية[(٥)] فهو للأقرب فالأقرب يبين ذلك أن من يستحق العصبة شيئان: ميراث وولاية، إما في نكاح أو قصاص وبأيهما اعتبرت الولاء وجدته لا يدخل أبناء مع وجود آبائهم أو عمومتهم فلذلك قلنا إن البطن الأول مقدم على البطن الثاني.

---

(١) ثبت في (أ) مقدم.

(٢) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الاختيار (٤/ ١٩٢).

(٣) ليس هذا مذهب الشافعي وإنما له في هذه المسألة قولان أظهرهما: أنه يقدم الأخ على الجد. والثاني: يشتركان كما يشتركان في إرث النسب. انظر المهذب للشيرازي (٢/ ٢١)، انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٧٦).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت في (ب) الولايات وفي (هـ) الولاء.

فصل

ومن أعتق عبداً عن رجل بإذنه أو بغير إذنه فالولاء للمعتق عنه، خلافاً لأبى حنيفة[١] والشافعى حين قالا: إن الولاء للمعتق إن كان أعتق عنه بغير إذنه[٢] لأنه إذا أعتق عبده عن غيره فقد ملكه إياه بشرط العتق عنه فكان كالوكيل إنه إذا أعتق عبد غيره عن مالكه فالولاء للمعتق عنه، ولأن الولاء جار مجرى النسب فلا يفتقر حصوله لمن يحصل له إلى إذن منه، ألا ترى أن الأخوة والعمومة تحصل للإنسان شاء أم أبى بوطء قريبه الذى يولد له منه فيثمر هذه الأنساب فكذلك الولاء يعتق زيد عبده فيثبت ولاؤه لعصبته شاءوا أو أبوا، وإذا صح ذلك جاز أن يكون الولاء للمعتق وإن لم يكن منه إذن أعتقه فكان الولاء لمن أعتق عنه كما لو كان بإذنه.

فصل

السائبة هو الذى يعتق[٣] عن المسلمين فولاؤه للمسلمين لا لمن أعتقه للمعنى الذى قدمناه وإنما سمى سائبة لأن المعتق رفع يده عنه من كل وجه من جهة الملك والولاء فصار الولاء لغير مالك[٤] بعده[٥] بعينه بل لجماعة المسلمين كالجمل المسيب الذى لا يعرض له[٦] على ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية، وكذلك ما أعتقه الإنسان عن زكاته أو أعتقه الإمام من أموال الزكاة فهو لجماعة المسلمين[لأنه معتق عن المسلمين أعتقه الإمام][٧] أو المزكى وذلك بخلاف المعتق فى الكفارات لأن المكفر أعتقه من نفسه فكان الولاء له وفى الزكاة إنما أعتقه عن المسلمين لأنه من أموال المسلمين فكان كالمعتق عبداً عن غيره من مال ذلك الغير أن الولاء للمعتق عنه.

---

(١) ذكره الشيخ الكاسانى. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٤/١٦١)، انظر الفتاوى الهندية (٥/٢٦).

(٢) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٧٠)، انظر المهذب للشيرازى (٢/٥٠٧).

(٣) عن: سقطت من (ب).

(٤) ثبت فى (ب) ماله.

(٥) بعده: سقطت من (ب،هـ).

(٦) ثبت فى (أ) الذى لا يفرضوا له.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ،هـ).

فصل

وولاء المنبوذ للمسلمين دون ملتقطه هكذا أطلقه أصحابنا[١] ومرادهم أنه لا ولاء عليه لأحد وأن ميراثه لا يختص به ملتقطه لأنه حر بالأصل وإنما يطرأ الرق بالسبى لبعض الأحرار فكان كل موجود من الناس حراً إلا أن يطرأ عليه ما ينقله إلى الرق.

فصل

مولى الموالاة لا يرث وصفته: أن يكون رجلان ولا نسب بينهما يوالى أحدهما الآخر على أن يتوارثا ويتعاقلا فهذا عندنا لا يصح ولا يلزم، وعند أبى حنيفة يصح ويتوارثان ويتعاقلان ولهما أن يفسخا الموالاة ما لم يعقل أحدهما عن الآخر[٢]. فدليلنا قوله ﷺ: «وإنما الولاء لمن أعتق»[٣] فانتفى أن يكون ولاء لغيره معتق، ولأن الموالاة سبب لا يورث به مع وجود النسب فكذلك مع فقده، أصله إذا أسلم الرجل على يد رجل عكسه الزوجية، ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له نقل ميراثه عنهم بالموالاة كالمتناسبين.

ومن أسلم على يد رجل فلا ولاء له عليه [خلافًا لمن يقول إن الولاء له[٤]][٥] للخير، ولأن الولاء بالإنعام بالعتق وهذا معدوم فيمن أسلم [على يده.

---

(١) انظر المدونة (٣/ ٧٦) وذكره ابن عبد البر وقال: وهو مشهور مذهب مالك وتحصيل مذهبه. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٧٦).

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى . انظر الهداية (٣/ ٣٠٦، ٣٠٧) ، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٤/ ١٧٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) هذا هو قول أبى حنيفة وهو رواية عن أحمد وهو قول إسحاق وحكى عن إبراهيم أنه له ولاؤه ويعقل عنه وعن ابن المسيب: إن عقل عنه ورثه وإن لم يعقل عنه لم يرثه وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما أنه يرثه وإن لم يواله. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٢٧٨)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٠٦,٣٠٧) ،انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢١٣).
تنبيه: وقد ذكر الشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسى عن الأحناف قولاً غير الذى ذكرنا فقال: إنهم قالوا: إن أسلم الرجل على يدى الرجل لم يرثه بذلك فلا تغتر به. والله أعلم. انظر المغنى (٧/ ٢٧٨) .

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

إذا أعتق المسلم نصرانيًا فـالولاء مراعى فإن أسلم][1] كان ميـراثه للمسلم إن مات، وإن مات النصرانى قبل أن يسلم فلا ولاء للمسـلم عليه، وقال الشافعى يثبت له الولاء عليه ويرثه[2].

فدليلنا أن الإرث بالنسب مقدم على الإرث بالولاء وآكـد منه لأن الولاء شبه به وقد ثبت أنه لا توارث بين المسلم والكافر بالنسب، وكذلك بـالولاء ويفارق ذلك ميراثه من عبـده النصرانى إذا مات لأن رقـبته كانت مـلكًا له فكان حكم ماله حكم رقبـته إلا أنه ميراث على الحقيقة، ولأن المباينة بالملة تمنع الإرث بالنسب والولاء دون الرق.

فصل

وإذا ثبت أنه لا يرثه إذا مات، فـإن أسلم النصرانى ثم مـات ورثه مولاه المسلم لأن الإنعام عليـه ثابت له،و إنما كان يمنـعه ميـراثه مباينـته له فى ملته فـإذا أسلم زال المنع كالنسب.

فصل

وإذا مات النصرانى المعتق وترك مولاه المسلم الذى أعـتقه وورثته من أهل دينه، فعنه فى ذلك ثلاث روايات: إحداها أنه لا يرثه سيده الذى أعتقه ولا أحد من قرابته ويكون ماله فيـئًا لجماعة المسلمين، والثـانية أنه يرثه ولده دون غيرهم من أقـاربه، والثالثة يرثه جميع ورثته.

فوجه الأولى أن سـيده إنما لم[3] يرثه لمباينـته له فى الملة[4] والميراث مـوضوع على تساوى الحرم فلم يجز أن يرثه ورثته من أهل دينه، لأن حرمته أعلى من حرمتهم لثبوت ولاء المسلمين عليه[5].

ووجه الثانية أن ولدهم[6] هو موالى سيـده الذى أعتقهم فكان حكمـهم حكمه فى

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ذكره الشـيخ الشيـرازى. انظر المهذب (٢/ ٢٠)، انظر مـغنى المحتـاج (٤/٥٠٧)، انظر روضة الطالبين (١٢/١٧٦).

(٣) ثبت فى (ب) أيضًا.

(٤) ثبت فى (ب) مثله.

(٥) ثبت فى (أ) المسلم عليهم.

(٦) ثبت فى (ب) والده.

كونهم على ملته وعلى مثل حرمته وثبوت الولاء عليهم لسيده فلذلك اختصوا بميراثه دون سائر أقاربه، ووجه الثالثة أن جميع ورثته بمنزلته فى الحرمة والدين فورثوه اعتباراً بسائر أهل ملته، وعنه رواية أخرى أنه يرثه ولده ووالده خاصة لأنه ليس فى القرابة ما يوازى الأبوة والبنوة والثالثة أصح.

فصل

إذا أذن السيد لعبده فى أن يعتق عبداً له فالولاء للسيد فإن أعتق العبد لم يرجع الولاء له، وكذلك المدبر، وأم الولد إذا أعتقا بإذن سيده، وإذا أذن لمكاتبه أن يعتق فأعتق فالولاء للسيد ما دام المكاتب لم يعتق فإن أعتق عاد الولاء إليه[1] والفرق بين المسألتين أن لسيد العبد انتزاع ماله فإذا أذن له أعتق، وليس هو من أهل الولاء فى تلك الحال كان السيد كأنه هو الذى أعتق فيكون الولاء له، وإذا ثبت الولاء فى جهة الحر[2] لم يجز انتقاله بعد ثبوته إلى جهة أخرى.

وأما المكاتب فسيده ممنوع من انتزاع ماله لما ثبت له من عقد الحرية فإذا أذن له فى العتق كان عتقه مراعى فإن مات أو عجز تقرر الولاء لسيده، فإذا أدى وعتق ثبت أن الولاء ثابت له، وكذلك لو أعتق بغير إذن السيد فلم يعلم السيد حتى أدى المكاتب وعتق فإن الولاء للمكاتب لأنه إنما كان ممنوعًا من الإعتاق لحق السيد فإذا زال حق السيد عنه بعد عتقه وتقرر الولاء له فإن علم السيد قبل أن يعتق المكاتب بالأداء فله أن يرد عتقه فإن رده بطل وعاد العبد رقًا ولم يلزم المكاتب إذا أعتق أن يعتقه بعد ذلك.

فصل

جر الولاء ثابت عند كافة أهل العلم[3] لا خلاف فيه[4]، إلا ما يحكى عن رافع بن خديج، وصفته: أن يتزوج عبد معتقة فيولدها فإن ولاء ولدها منه لمواليها الذين أعتقوها فإن أعتق العبد جر ولاء ولده إلى مواليه الذين أعتقوه ولو تزوج حرة لا ولاء عليها كان بقية ميراث الولد بعد حصة أمه للمسلمين وإذا أعتق العبد[5] رجع إلى مواليه وكذلك

(١) انظر المدونة (٣/ ٧٢). انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤١٦).

(٢) ثبت فى (أ) الحرم.

(٣) ثبت فى (ب) العلماء.

(٤) انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٢٥٦)، انظر فتح البارى (١٢/ ٤٦).

(٥) ثبت فى (ب) عاد.

الجد فيجر الولاء أيضًا بجر الولاء ما دام الأب عبدًا فإذا أعتق العبد عاد الولاء إليه.

والأصل فى جر الولاء الإجماع لما روى أن الزبير بن العوام مر بفتية فسأل عنهم فقيل هم موالى رافع بن خديج وأبوهم عبد للحرة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لهم: انشبوا إلىَّ فأنا مولاكم فقال رافع: بل هم موالىَّ أنا أعتقت أمهم فاختصما إلى عثمان بن عفان فقضى بالولاء للزبير[1]، ولم يخالف عليه أحد، ولأن انتساب الولد إلى قبيلة أمه، ووجهها[2] أنها لعدم إمكان ذلك من جهة الأب بدليل أنه لو أمكن ذلك فى الابتداء لم ينسب إلى الأم، ولأنه إذا عاد إمكانه فى ولد الملاعنة عاد الانتساب إلى الأب وإذا ثبت ذلك ثم كان غير ممكن فى هذا الموضع لرق الأب فيجب إذا زال المعنى المانع أن يزول ما امتنع لأجله، ويعود النسب إلى الأب.

فصل

وإنما قلنا إن الجد كالأب فى ذلك لأن النسب يرجع إليه فصح جره للنسب كالأب وبذلك فارق الأخوة والعمومة وسائر العصبات.

فصل

وولد الملاعنة المعتقة ولاؤه لموالى أمه فإن اعترف به الأب عاد إليه أو إلى مواليه إن كان معتقًا[3] على ما بيناه.

فصل

ولا يثبت جر الولاء فيمن مسه رق مثل أن يتزوج عبد أمة فتحمل ثم تعتق فإن الولد يكون حرًا بحرية أمه وهو حمل[4] وولاؤه لموالى أمه وهم مواليه[5] لأن عتقه ثبت من جهتهم فإن أعتق العبد لم يجر ولاء الولد لأن ولاءه قد تقرر[6] وثبت لمن أعتق أمه فلا

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى العتق (٢/ ٧٨٢) ح (٢١).

(٢) ثبت فى (ب) ووجهتها.

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى (٢/ ٩٧٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤١٨).

(٤) ما أثبتناه من (أ) وهو المناسب وفى باقى النسخ (حر).

(٥) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٧٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤١٨).

(٦) ثبت فى (ب) قد تقدم.

يجوز نقله كالنسب والولاء هاهنا مباشر ليس طريقه الجر فلم يجز نقله.

فصل

قد بينا أن النساء لا يرثن ولاء ما أعتقه غيرهن لأنه لا تعصيب فيهن فإذا ثبت ذلك فالولاء الذى يرثنه هو المباشر أو ما كان فى حكم المباشر ولا يكون ذلك إلا فى ثلاث مواضع:

أحدها: أن تعتق عبداً فيموت ولا وارث له فيكون ولاؤه لها ميراثًا.

والثانى: أن يترك هذا العبد أولاداً من أمة أو معتقة فيكون الولاء لمعتقته إما ابتداءً وإما[1] جراً.

والثالث: أن يعتق هذا العبد عبداً إما فى حال رقه بإذنها فيكون الولاء لها ابتداء أو بعد عتقه فيموت العبد الأول المعتق ويبقى الثانى فيرث معتقه الأول ولاء هذا العبد الثانى.

فصل

وإنما قلنا إنها ترث ولاء ما باشرت عتقه، لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[2] وهذا عام، ولأنه شخص حر معتق عن نفسه فكان الولاء له كالرجل.

فصل

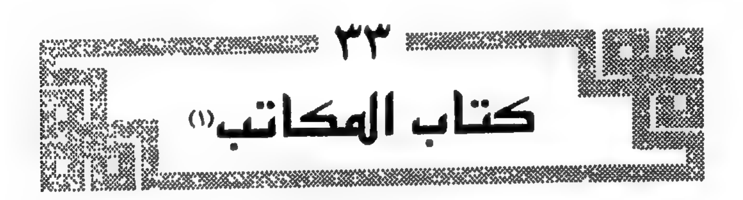
وإنما قلنا إنها تجر ولاء ولد أو عبد إن أعتقه عبدها الذى أعتقته لأن ذلك يرجع إلى إعتاقها وإنما يمتنع أن ترث ما أعتقه غيرها ولأن[3] كل من ورث ولاء ما أعتق مباشرة ورث ما حدث عنه كالرجل، والله أعلم.

* * *

(١) ثبت فى (أ) أو .

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) ولكن.



٣٣ كتاب المكاتب(١)

الأصل فى جواز الكتابة قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا﴾ [النور: ٣٣] وقوله ﷺ: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»(٢) ولأن ذلك كان متعارفًا قبل الإسلام وأقره النبى ﷺ على ما كان من الجواز فى الجملة وعملت به الأئمة(٣) والسلف.

فصل

لا يجبر السيد على كتابة عبده خلافًا لداود فى قوله إنه يجبر(٤) إذا سأله أن يكاتبه بقيمته أو بأكثر(٥)، لأن الأصل فى الكتابة المنع والحظر لأنها غرر وذلك أن العبد يؤدى المال على أنه إن أدى عتق وإن عجز عاد رقًا وزال ملكه عما كان أداه لأن السيد يبيع ماله بماله لأن العبد وماله ملك للسيد وذلك إضاعة وإتلاف إلا أنه(٦) جوز فى الشرع رفقا بالعبد وحرمة للعتق والخروج من الرق، والأمر إذا صدر بعد الحظر كان على الإباحة دون الوجوب(٧) ولم يكن أمرًا على الحقيقة ولأن صيغته صيغة الأمر، واعتبارًا به إذا سأله أن يكاتبه بدون قيمته وإذا سأله بيعه من غيره، ولأن السيد لا يجبر على بيع عبده إذا سأل(٨) العبد ذلك اعتبارًا بسؤاله بيع غيره من أملاكه.

(١) قال الفيروزآبادى: المكاتبة التَّكاتب وأن يكاتبك عبدك على نفسه بثمنه فإذا أداه عتق. انظر القاموس المحيط (١/١٢١).

(٢) أخرجه أبو داود فى العتق (٤/١٩) ح (٣٩٢٦) وابن ماجه فى العتق (٢/٨٤٢) ح (٢٥٢٠) قال السندى: ذكره البيهقى عن الشافعى ما يدل على أن الحديث لا يخلو من ضعف، لأن راويه نبهان. والحاكم فى المستدرك (٢/٢١٧).

(٣) ثبت فى (أ) الأمة.

(٤) ثبت فى (ب) يخير.

(٥) وهو رواية عن أحمد بن حنبل وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٣٣٩).

(٦) ثبت فى (أ) لأنه.

(٧) ثبت فى (ب) الموجب.

(٨) ثبت فى (أ، هـ) شاء.

فصل

فأما إجبار السيد عبده على الكتابة: فقيل للسيد ذلك وقيل ليس له ذلك فوجه إثباته أنه لما كان للسيد أخذ ماله وإجباره على التكسب من غير عقد عتق يحصل له كان بأن يكون له ذلك مع النفع للعبد بحصول العتق أولى، ووجه نفيه أنه إجبار على معاوضة في حق نفسه لا لحق السيد فلم يكن له ذلك، أصله إجباره على شراء طيب يتطيب[1] به.

فصل

الكتابة جائزة على ما يعقد أنها عليه من قيمة العبد أو أقل أو أكثر مما يقع التراضي بها لأنها عوض على رقبته فجازت بالقليل والكثير مما يتفقان عليه كبيعه من غيره، ولأن الكتابة إما أن يكون بيع العبد من نفسه بالعوض أو عتقًا[2] بصفة أدائه، وأي ذلك كان فلا يقضي قدراً مخصوصًا ولا إجبار أحدهما الآخر على مقدار معين بل هو على التراضي.

فصل

الظاهر من قول مالك أن الكتابة تكون منجمة[3] وليس عنه نص في الكتابة الحالة ومحققو أصحابنا يقولون إنها جائزة[4] خلافًا للشافعي[5]، لأنها عتق بعوض فجازت مع تعجيله وتأجيله، أصله بيع العبد من نفسه، ولأن الأجل غير مستحق في عقد الكتابة كالثالث والرابع، ولأنه عقد بعوض فجاز كالمنجم.

---

(١) ثبت في (أ) يتطهر.

(٢) عتقًا: سقطت من (أ).

(٣) التنجيم: التقدير وهو أن يقول له: تعطيني في كل شهر أو في كل سنة كذا على ما تراضيا عليه ذكره الشيخ الأبي. انظر الثمر الداني (ص ٥٤٠).

(٤) ذكره ابن عبد البر في الكافي. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٩٨٨)، انظر الثمر الداني (ص ٥٤٠).

(٥) حيث قال: يشترط في العوض أن ينجم لنجمين فصاعداً. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢١١، ٢١٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٦٠).

فصل

لا يعتق المكاتب ما بـقى عليه شىء من الكتابة قل أو كثر خـلافًا لما يحكى عن قوم من السلف[١] وذلك لما روى عن عمرو بن شعـيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقى عليه شىء من كتابته درهم»[٢] ولأن الكتابة عتق بصفة الأداء فمتى لم[٣] يحصل الأداء لم يحصل العتق، ولأن عتق الإنسان جزءًا من عـبده باختياره مبتدءًا يوجب عليه تكميله وتتميمه الحـرية فى باقيه، فلو قلنا إنه معتق منه بقدر ما أداه لوجب أن يعتق البـاقى بالسراية أو بالحكم سـواء أدى باقى الكتابة أو لم يؤد، وفى فـساد ذلك دلالة على أنه لا يعتق إلا بأداء الجميع.

فصل

يستـحب للسيـد أن يضع عن المكاتب شيـئًا من آخر كتـابته على قدر مـا تطيب به نفسه[٤]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾ [النور:٣٣] فجاء فى أكثـر التفاسيـر أنه وضع شىء من الكتابة، ولأن فى ذلك رفقًا بالعـبد وحسن معـاملته فكان مندوبًا إليه، وليس ذلك بواجب خلافًا للشافعى[٥] لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[٦]، ولأنه عقد معاوضة على رقبـة العبد كبيعه من أجنبى ولأن الواجبـات على ضربين مقـدر بالنص، وموكول إلى الاجـتهاد فى الكفـاية، وما

(١) روى عن عمر وعلى رضى الله عنهمـا أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروى ذلك عن النخعى، وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه: إنه إذا أدى قدر قيـمته فهو غريم وقضى به شريح وقال الحسن فى المكاتب: إذا عجـز استسعى بعد العجز سنتـين. وقال أبو بكر والقاضى وأبو الخطاب من أصحاب أحمد بن حنبل: إنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتـابة وعجز عن ربعها عتق. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٣٥٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (أ) فما لم.

(٤) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣٨٨/٤).

(٥) ذكره الإمام النووى. وقال: يجب على السيد إيتـاء المكاتب واختار الرويانى فى الحلية أن الإيتاء مستحب وليس بشىء. انظر روضة الطالبين (٢٤٨/١٢). انظـر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٥٨٥).

(٦) أخرجـه الدارقطنى فى سننه (٢٦/٣) ح (٩٠) والبيهـقى فى الكبرى (١٦٦/٦) ح (١١٥٤٥)، وانظر نصب الراية (١٦٩/٤).

تنازعناه خارج عن هذين الموضوعين[١] لأنه موكول إلى الإرادة والاختيار وليس ذلك فى الأصول.

فصل

وتجوز مكاتبة العبد الذى لا حرفة له[٢] لأنه يمكنه التعرض لوجوه المكاسب من الخدمة وغيرها ويكره ذلك فى الأمة[٣] لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال لا تكلفوا الأمة الكسب فتكسب بفرجها[٤].

فصل

وإذا أعتق المكاتب بالأداء تبعه ماله لأن الكتابة معاوضة عن النفس والمال ألا ترى أن السيد ممنوع من التعرض[٥] لماله بانتزاع أو غيره، فإذا صح ذلك كان تابعًا له فأما ولده فلا يتبعه إذا كان قبل عقد الكتابة لأنهم ليسوا بملك له [فإذا صح ذلك][٦]، وإنما هو ملك للسيد فلا يتبعوا آباهم كما لا يتبعه سائر عبيد السيد إلا أن يشترطهم فيتبعونه بالشرط لا بالعقد ويصير السيد كأنه كاتب عدة عبيد له كتابة واحدة، وهذا إذا كانوا قبل عقد الكتابة.

[فأما إن حدثوا بعد عقد الكتابة][٧] فإنهم يتبعونه من غير شرط لأن كل حكم ثبت للأب ثبت للولد بملك اليمين من الحرية والرق، فأما ولده من زوجته فلا مدخل له فى هذا الباب لأنه تابع لأمه.

فصل

كل ما جاز أن يكون ثمنًا فى البياعات وأجرة فى الإجارات جاز أن يكون عوضًا فى

---

(١) الموضوعين: سقطت من (ب).

(٢) انظر المدونة (٣/ ١٤). وذكره ابن عبد البر وقال: تكره كتابة العبد والأمة اللذين لا صنعة لهما ولا عمل بأيديهما وهى مع ذلك جائزة. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٧).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى الاستئذان (٢/ ٩٨١) ح (٤٢).

(٤) انظر المدونة (٣/ ١٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٧).

(٥) ثبت فى (أ) العريض.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

الكتابة[١] لأنه عقد معاوضة كالبيع وغيره، وتجوز الكتابة على الوصفاء[٢] من العبيد والإماء وإن لم يوصفوا ويكون له الوسط منهم فى ذلك الموضع لأن المقصود منها الرفق وإكمال حرمة الحرية دون محض العوض كالمهر فى النكاح.

فصل

وإن كاتبه وله أمة حامل تبعته الأمة ولم يتبعه الولد فإذا وضعت فالولد للسيد والأمة للمكاتب علم بحملها أم لا لما ذكرناه لأن الأمة ماله فيتبعه ولأن الولد ليس بمال له بل هو ملك لسيده، ويمنع المكاتب من بيعها إذا قلنا إنها لا تكون أم ولد بعد العتق حتى تضع فإذا وضعت كان له بيعها إذا شاء لأنه إن باعها حاملاً فالولد داخل معها فى البيع وهو ملك غيره، وإن استثنى لم يجز لأن استثناء الحمل [فى البيع][٣] مبطل له فوجب لذلك الوقوف عليها إلى أن تضع.

فصل

يجوز بيع كتابة المكاتبة خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[٤]، لأن بيع [الديون فى][٥] الذمم جائز بدليل جواز المصارفة على الذهب الذى فى الذمة [بالورق وعلى الورق الذى فى الذمة][٦] بالذهب قبل قبضه، ولأنه لما جاز بيع العروض الحاضرة بالأثمان الغائبة جاز بيع الديون الغائبة بالعروض الحاضرة، ولأنه عقد معاوضة أحد طرفيه دين والآخر عين فكان مباحًا اعتبارًا ببيع العين الحاضرة بالعين[٧] الغائبة.

فصل

إذا ثبت ذلك فإن كانت الكتابة ذهبًا أو ورقًا جاز بيعها بعرض معجل وإن كانت عروضًا فبذهب أو ورق معجلة أو بعرض مخالف لها معجل غير مؤجل، وإنما أوجب

---

(١) ذكره فى المدونة، انظر المدونة (٣/٣). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٨٨، ٩٨٩).

(٢) الوصفاء: الوصائف ومنه الوصيفة والاسم الإيصاف والوصافة وهو الخادم والخادمة أو من بلغ حدًا من الخدمة. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٣/ ٢٠٤).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢٧٢).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٧) ثبت فى (ب) بالدين.

ذلك لأنها لو بيعت[(١)] وهى ذهب أو ورق بذهب [أو ورق][(٢)] دخل ذلك التأخير وبيع غائب بناجز وذلك ممنوع، وإن بيع بعرض مؤخر كان دينًا بدين، وإن بيعت وهى عروض بعروض من جنسها أكثر مما حصل منه عرض بعرضين من جنسه إلى أجل وذلك ممنوع فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

وهذا كله إذا بيعت من غير العبد، فأما إذا بيعت من العبد نفسه فلا معتبر بذلك كله وله أن يبيعها منه كيف شاء فينقله من ذهب إلى ورق ومن ورق إلى ذهب ومن عروض إلى عروض من جنسها ومن غير جنسها[(٣)] لأن تقدير بيعها من العبد إنما هو ترك ما كاتب[(٤)] عليه والعدول إلى مال معجل واستئناف كتابة أخرى غير الأولى ولا خلاف من قولنا إن للمكاتب أن ينقل نفسه من كتابة إلى كتابة أخرى.

فصل

وفى بيع الجزء من الكتابة روايتان[(٥)]: إحداهما المنع والأخرى الجواز.

فوجه المنع أن ذلك يؤدى إلى أن المكاتب يؤدى كتابته أداءين مختلفين أحدهما: إلى السيد بعقد كتابته والآخر: إلى مبتاع [الجزء من][(٦)] كتابته وذلك غير جائز على أصله.

ووجه الجواز اعتبارًا بسائر المبيعات لأن كل بيع مقصود فى نفسه فإذا جاز بيع كله جاز بيع جزئه وكذلك الكتابة.

---

(١) ثبت فى (ب) تبعت.

(٢) ما بين المعكوفين سقطت من (أ).

(٣) ثبت فى (ب) ومن جنس غيرها.

(٤) ثبت فى (أ) ما كانت عليه.

(٥) ذكرهما ابن عبد البر فى الكافى. وقال: واختلف قول مالك فى بيع جزء من كتابته فمرة أجاز ذلك ومرة كرهه. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٧)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٩١).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فصل

ولا يجوز بيع نجم من نجومه[١] لأن ما يقابل النجم من رقبة المكاتب مجهول عند عقد البيع المنجم[٢] فلم يجز، فإذا ثبت ما ذكرناه نظر فإن أدى الكتابة إلى مبتاعها من سيده لأعتق كما لو أداها إلى سيده عتق لأن الصفة التى علق العقد عليها هى الأداء فدخلت[٣]، ولأن المشترى قائم مقام السيد، ويكون ولاؤه للسيد الذى عقد كتابته لأن عتقه من جهته بما عقد له، وإنما ابتاع المشترى ما على المكاتب دون رقبته بعد ثبوت الولاء للسيد، والولاء لا يصح نقله بعوض ولا بغير عوض على ما قدمناه وإن عجز رق وكان ملكًا لمشترى كتابته لأنه قائم مقام سيده وقد ثبت أنه لو عجز قبل بيع السيد كتبته رق له وكذلك عجزه عن مشتريها، وإن مات قبل تمام الأداء عن مال ولم يترك ولد كانت عليهم كان المال المشترى كتابته عند سيده وإذا جاز بيع كتابة المكاتب جاز هبتها والوصية بها ثم الحكم فيها على ما ذكرناه.

فصل

والمكاتب أحق بشرائها استحسانًا لحرمة العتق وإزالة الضرر عنه بدخول من لم يعهد معاملته عليه[٤] والقياس غيره، وهذا إذا بيعت كلها فإن بيع بعضها لم يكن أحق بها[٥] لأنه ليس له أن يعجل لبعض ساداته حقه دون الباقين لأن ذلك يؤدى إلى عجزه، ولأنهم شركاء فى كتابته ومتساوون فى قبضها منه فليس لبعض أن يختص بتعجيل حقه منها من غير إذن شركائه كسائر الديون المشتركة.

---

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/٩٩٧)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٣٩١).
(٢) ثبت فى (ب) للنجم.
(٣) ثبت فى (ب) قد حصلت.
(٤) عليه: سقطت من (ب).
(٥) نص عليه فى الموطأ. انظر الموطأ للإمام مالك (٢/٧٩٧)، وذكره ابن عبد البر فى الكافى. وقال: وإنما يكون له الحق فى شراء الكتابة إذا بيعت كلها لما فى ذلك من تعجيل عتقه. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٩٧).

فصل

إذا عجل المكاتب كتابته لم يكن للسيد الامتناع من أخذها لأن الأجل حق له ورفق به فإذا رضى بإسقاطه كان له ذلك فإن كان السيد شرط عليه مع الكتابة سفراً أو خدمة فعجل الكتابة فهل يسقط عنه ما شرط عليه أم لا ففيها روايتان: إحداهما سقوطه[١] والأخرى ثبوته.

فوجه سقوطه أنه تابع للكتابة فإذا تعجلت سقط ما يتبعها.

ووجه ثبوته أنه بعض العوض فى عتق الرقبة فلم يسقط عنه كالكتابة فإذا قلنا إنه لا يسقط فيخرج ما يلزمه على روايتين: إحداهما أنه يؤديه بعينه، والأخرى يؤدى قيمته، ومن أصحابنا من يقول إن كانت خدمة أو منفعة سقطت وإن كانت نوعاً آخر من المال لزم ولم يسقط.

فصل

وإذا مات المكاتب وترك[٢] ولداً معه فى الكتابة إما بالولادة أو بالشرط وترك مالاً لم تنفسخ الكتابة، خلافاً للشافعى[٣] لأن عقد الكتابة قد تضمن إلزام السيد نفسه عتق المكاتب وولده الداخلين معه فى العقد بالشرط والولادة بصفة أداء المال إليه فلم يكن للسيد فسخ العقد فى حقهم كما لم يكن له ذلك فى حق العبد نفسه ولم يكن له أيضاً فعل[٤] ما يؤدى إلى ذلك من انتزاع المال فيه.

فصل

إذا ثبت أن العقد لا يبطل بموته، وإنما ذلك إذا كان معه ولد داخل فى الكتابة لأنه إن كاتب[٥] على نفسه وحده ومات ولا ولد معه فى كتابته أو كان ولده أحراراً أو مماليك لغير سيده، أو مكاتبون كتابة منفردة عن كتابته فإن العقد يبطل والمال الذى يتركه

(١) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠٠). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٨).

(٢) ثبت فى (ب) ولم يترك.

(٣) قال الشيخ الشيرازى: فإن مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ١١).

(٤) فعل: سقطت من (أ).

(٥) ثبت فى (ب) كانت.

للسيد. خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن ولده الأحرار يقومون[١] مقامه ويرثونه[٢]، لأن المواريث موضوعة على تساوى الحرم وهذا مات مكاتبًا لا عبدًا على الإطلاق ولا حرًا بل مكاتبًا له حكم مخالف لحكم الحر ولحكم العبد فلم يرثه ولده الأحرار ولا العبيد وورثه من شركه فى عقد الكتابة.

فصل

وإذا ترك ولداً معه فى الكتابة فينظر: فإن كان فى المال الذى خلفه وفاء أديت الكتابة حالة، وعتقوا وورثوا الباقى[٣].

وإنما وجب أداء المال لأن فائدة إيقافه العقد مع بطلانه بموت العبد أن يحصل الأداء فيعتق ولده،ولأنه لما كان العتق لازمًا فى حقهم كلزومه فى حق أبيهم لزمهم الأداء كما كان لازمًا لأبيهم.

وإنما قلنا إنه تؤدى حالا فلأن الديون المؤجلة تحل بموت من تكون عليه، وإنما عتقوا عند الأداء بحصول الصفة التى عتقهم معلق بها، ولأن الأب لو كان حيًا وأدى المال لعتق كذلك الولد.

وإنما قلنا إنهم يرثون ما بقى لمساواتهم الأب فى الخدمة على ما قدمناه، وهذا إذا ترك ما فيه وفاء، أما إن ترك دون الوفاء فإن كان الولد كباراً يقدرون على السعى وقالوا نحن نسعى ونؤدى بقية المال فى نجومه لزم ذلك السيد لأنهم يقومون مقام أبيهم والعقد ثابت لهم كما كان ثابتًا لأبيهم، فإن كانوا صغاراً لا فضل فيهم للسعى فينظر[٤] فإن كان فى المال أداء[٥] أدى على نجومه إلى وقت بلوغهم فإنه يؤدى وذلك لأنهم غير عاجزين مع القدرة على الأداء ثم إذا بلغوا نظر: فإن أمكنهم السعى فى البقية وإلا رقوا.

وإن لم يكن لهم فى المال فضل للنجوم إلى أن يبلغوا السعى رقوا لعجزهم ولم يلزم السيد انتظارهم إلى وقت البلوغ كما لا يلزمه انتظار العبد إذا عجز إلى أن يكسب مالاً

---

(١) ثبت فى (أ) يقيمون.

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٣٠٠)،انظر الاختيار للموصلى (٣/ ٢٠٨).

(٣) ذكره الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠١). انظر المدونة (٣/ ٣٥)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٤).

(٤) ثبت فى (ب) نظر.

(٥) ثبت فى (أ) فضل.

يؤدى منه، وعلى أى وجه كان فلا يلزم السيد أن يحط عنهم شيئًا من الكتابة بموت أبيهم لأن عتقهم معلق بصفة وهى أداء جميع الكتابة فلما لم يحصل فالعتق غير واقع.

فصل

وإذا كان مع المكاتب فى كتابته من قراباته إخوة أو غيرهم فعنه فى توريثهم منه روايتان: إحداهما أنهم يرثونه كالولد[1]، والأخرى أنه لا يرثه إلا ولده دون سائر أقاربه، فوجه الأولى إن كان من ورثه بعض ورثته بنسب أو بسبب ورثه جميعهم كالحر، ولأنهم مساوون له فى الحال والحرية فكان التوارث ثابتًا بينهم وبينه كالولد، ووجه الثانية أن الولد يدخلون معه فى كتابته إذا حدثوا بعد عقدها فاختصوا لذلك بميراثه دون سائر القرابة[2].

فصل

يجوز أن يجمع السيد جماعة من عبيده فى كتابة واحدة[3] خلافًا للشافعى فى أحد قوليه[4] لقوله عز وجل: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا﴾ [النور: ٣٣] ولم يفرق، ولأنه ألزم نفسه عتقهم بشرط أدائهم المال كما لو أفردهم لأن البدل معلوم فى الجملة وإن لم يوقف على تقسيطه فى الحال كما لو باع ثلاثة أعبد بألف درهم لجاز وإن لم يعلم قسط كل واحد.

فصل

ولا يعتقون إلا بأداء جميع المال خلافًا للشافعى فى قوله أن من أدى منهم بقدر نصيبه يعتق[5]، لأن عقد الكتابة وقع عقدًا واحدًا فلم ينفرد به بعضهم دون بعض، أصله كتابة العبد الواحد أنه إذا أدى بعضها لم يعتق منه بقدر ما أدى.

---

(١) نص عليها الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠١). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٤). انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٩٩).

(٢) ثبت فى (ب) قرابته.

(٣) ذكره الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٧٩٢) انظر الثمر الدانى (ص ٥٤٢).

(٤) ذكره الشيخ الخطيب الشربينى. وقال: وهو قول مخرج والنص أنه تصح الكتابة. انظر مغنى المحتاج (٤/ ٥٢٠)، انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢١٦).

(٥) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢١٦)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٥٢٠).

فصل

ويلزم كل واحد بقدر قوته فى السعى وما يطيقه وبعضهم حملاء عن بعض إذا أدى الكتابة واحد منهم عتق الكل ورجع المؤدى على الباقين بقدر ما يحتمل[١] كل واحد منهم ممن فيه فضل للسعى [وليس للسيد أن يبتدئ إعتاق واحد منهم][٢] لأن فى ذلك تعجيز الباقين لتقويتهم بسعيه معهم.

فصل

وإذا طلب المكاتب تعجيز نفسه وأبى عليه السيد وله قدرة على الأداء لم يكن له ذلك خلافًا للشافعى[٣]، لأن الكتابة عقد يتضمن تسمية العوض فإذا رضى به العبد والتزمه[٤] لم يكن له أن يرجع عنه من غير عذر كسائر العقود، ولأنه لما لم يكن للسيد الرجوع لأن فى ذلك إسقاط حق العبد فى حق عقد ثبت تراضيهما واجتماعهما عليه فكذلك العبد.

فصل

فإذا أجابه السيد إلى ذلك فكان[٥] العبد له ولد فليس لهما ذلك، لأنه قد تعلق بهذا العقد حق لغيرهما وهو الولد الذى يعتق بالكتابة إذا أديت فإذا أعجز العبد نفسه كان فى ذلك إسقاط حق الولد من العقد ورده إلى الرق وليس ذلك له لأن الإنسان يملك من إسقاط حق نفسه مالا يتعدى إلى إسقاط حق غيره.

فصل

وإن لم يكن له ولد ففيه روايتان: إحداهما جواز ذلك والأخرى: منعه.

فوجه الجواز أن الحق فى عقد الكتابة لا يتعداهما فإذا تراضيا على فسخه جاز كتقابل

(١) ثبت فى (ب) ما يحمل.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) فى قوله أن يجوز للسيد الفسخ. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ١٥). وقال الإمام النووى: السيد بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء صبر. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢٥٧).

(٤) ثبت فى (أ) ألزمه.

(٥) ثبت فى (ب) فإن كان.

المتبايعين، وإنما الممنوع ما يتعدى إلى إسقاط حق غيرهما.

ووجه منعه أنه يؤدى إلى إبطال حق الله تعالى من العتاقة التى قد التزمها، عقدها، وليس لأحد أن يرد نفسه إلى الرق بعد عتقه أو ثبوت عقده.

فصل

وأما إذا لم يكن للعبد مال فله تعجيز نفسه وللسيد تعجيزه[1] لأنه ليس فى ذلك إبطال حق أحدهما من غير رضاه، ولا إبطال حق الله تعالى؛ لأنه لم يعد بضرر على أحدهما.

فصل

الحمالة بكتابة العبد غير جائزة[2] لأنها لو لزمت للزم أداؤها على نجومها، ولو فعل ذلك فعجز المكاتب لم يقدر الحميل أن يرجع بما أداه عن العبد عليه ولا على السيد فيكون ذلك من أكل المال بالباطل.

فصل

ليس للمكاتب أن يهب شيئًا من ماله ولا يتصدق به ولا ينكح ولا يسافر إلا بإذن سيده[3] لأن فى هبته ماله ومحاباته ما يؤدى إلى عجزه، وكذلك فى نكاحه لأنه يلزمه مهر ونفقة.

وأما السفر فإن كان قريبًا جاز لأن حكم القريب حكم الحاضر، ولأنه محتاج إلى التصرف والتكسب لأداء ما عليه من الكتابة، وأما البعيد فللسيد منعه منه لأن فيه تغرير بنفسه وإضرار بسيده[4].

---

(١) انظر المدونة (٣/ ١١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٦)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٤١).

(٢) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٧٩١)، انظر المدونة (٣/ ٢٦)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٨).

(٣) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٩٧).

(٤) ذكره الشيخ الدسوقى فى حاشيته. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٩٧)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٤٣).

فصل

وليس للسيد أن ينتزع ماله[١] ما دام على كتابته لأن فى ذلك إبطال لعقد الكتابه فليس له ذلك لأنه إذا لم يكن له تعجيزه لم يكن له ما يؤدى إليه.

فصل

يجوز مقاطعة المكاتب سيده على ما شاء وإن دخله وضع وتعجيل وغير ذلك مما يمنع منه فى البيع[٢]، ولأنا قد بينا أن ذلك انتقال من كتابة إلى كتابة[٣] وعدول عما وقع عليه الأول، ويفارق ذلك البيع لأن الثمن فيه دين ثابت متقدر لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء بخلاف ما عليه المكاتب.

فصل

وإذا أسلم مكاتب النصرانى بيعت كتابته من مسلم[٤] لأن ملكه عليه لا يجوز استدامته ولا يجوز بيع رقبته لما ثبت له من عقد الحرية[٥] فلم يبق إلا بيع كتابته.

وقال شيخنا أبو القاسم ـ [رحمه الله][٦] ـ يخرج فيه رواية أخرى وهو جواز بيع رقبته بناء على قوله فى أم ولده إذا أسلمت ولم يسلم هو أنها تباع وهى أعلى حرمه من المكاتب، وقال عبد الملك بن الماجشون: يقال للمكاتب إذا أسلم: إن أديت الكتابة ناجزة[٧] عتقت بأدائها وإلا بيعت رقبتك وقال إسماعيل بن إسحاق مطالبة المكاتب بأداء الكتابة عليه حالة ظلم له ولا يلزمه.

فصل

إذا أدى الكتابة إلى مبتاعها وعتق فولاؤه للمسلمين ما دام السيد نصرانيًا فإن أسلم

(١) ثبت فى (أ) وليس له أن ينتزع ماله.
(٢) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٧٩٢)، انظر المدونة (٣/ ٧).
(٣) ثبت فى (ب) عتاقه.
(٤) انظر المدونة (٣/ ٢٢).
(٥) ثبت فى (أ) عقد الحرب.
(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٧) ثبت فى (ب) بأجرة.

عاد إليه الولاء[1] لأن الميراث بالولاء كالميراث بالنسب لأن من استحق الميراث بالنسب استحقه بالولاء، والنصرانى لا يرث بسببه وليه المسلم فلم يرث مكاتبه، فإذا أسلم ورثه لاستوائه معه فى الحرية والديانة.

فصل

إذا أوصى لمكاتبه بكتابته كلها وضع فى الثلث الأقل من قيمة كتابته أو قيمة رقبته فإن خرج ذلك من ثلثه عتق كله وإلا بقدر ما يحمله الثلث [وإن وضع عنه بعض الكتابة ولم يحمله الثلث][2] يجعل فى الثلث الأقل مما وصى له به أو قدر ما قابله من رقبته ثم عتق من رقبته بقدر ما خرج من ثلثه ووضع عنه من كتابته بقدر ما عتق من رقبته وكان ما بقى مكاتبًا بما بقى من كتابته إن أداه عتق كله وإن عجز عنه رق باقيه[3] ولم يرق ما كان عتق منه[4].

وإنما راعينا[5] أقل الأمرين احتياطا للعتق ولتأكيد حرمته، ولأن تبعيضه غير جائز وتكميله إن بعض واجب، ولا يتوجه للورثة مقال فى ذلك لأنا قد قدمنا الكتابة لكونها أقل من قيمة الرقبة فلا مقال لهم لأن السيد لم يكن يملك من المكاتب سوى الكتابة.

[وإنما قلنا][6] إن قوَّمنا الرقبة لكونها أقل قيمة من الكتابة فلا مقال لهم أيضًا لأن المكاتب لو عجز عن كتابته لم يكن للسيد منه ولا لورثته سوى رقبته فل يكن لهم اعتراض فى الوجهين.

فصل

حال المكاتب ما دام فى كتابته[7] حال عبد فى جراحه وحدوده وشهادته وطلاقه

---

(١) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٣/ ٢٢).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ثبت فى (ب) بما فيه.

(٤) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨٠٩)، انظر المدونة (٣/ ٣١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٩٩٨).

(٥) ثبت فى (أ) رأينا.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٧) ثبت فى (ب) الكتابة.

وقذفه ونفى القصاص عن قاتله إذا كان حراً وغير ذلك من أحكام العبد[١] لأن الحرية لم تتقرر لإمكان أن يعجز فيعود إلى الرق، ولأن أم الولد آكد[٢] حرمة عنه لأن الفسخ مأمون عليها وغير مأمون على المكاتب ومع ذلك فأحكامها فى هذه الأشياء أحكام العبد[٣] والمكاتب أولى.

فصل

ليس للسيد أن يطأ مكاتبته[٤] لأن عتقها معلق بأجل كتابتها فكانت كالمعتقة إلى أجل، ولأنها قد تحمل وتصير أم ولد ولا تجوز مكاتبة أم ولد فإن وطئها ولم تحمل فهى على كتابتها لأن مجرد الولاء لا يغير حكمها ولا يوجب تنجيز عتقها فإن حملت خيرت بين فسخ الكتابة وبين كونها أم الولد والإقامة على الكتابة[٥].

وإنما وجب ذلك لأن مكاتبة أم الولد لا تجوز بغير رضاها فلذلك[٦] كان لها فسخ الكتابة، وإن اختارت البقاء على الكتابة كان لها ذلك لأن فيها تعجيل عتقها، إذا أدت عتقت وإن عجزت كانت أم ولد.

فصل

جراح المكاتب وجنايته فى رقبته [وماله][٧] والمجنى عليه مُبدَّى[٨] على السيد[٩] لأن سببه آكد وحقه أقوى فإن قدر المكاتب على أداء أرش الجناية والكتابة أداهما وبدأ بأرش الجناية[١٠] وأقام على الكتابة، وإن عجز عن ذلك بطلت الكتابة ورجع رقيقًا وخير سيده

---

(١) ثبت فى (ب) العبيد.
(٢) ثبت فى (أ) أكثر.
(٣) ثبت فى (ب) العبيد.
(٤) انظر المدونة (٣/١٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٤٠٢).
(٥) انظر المدونة (٣/١٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٤٠٣).
(٦) ثبت فى (ب) فكذلك.
(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٨) أى: يقدم على السيد فى أخذ أرش الجناية عن نجوم الكتابة.
(٩) قال الإمام مالك فى الموطأ: وينبغى أن يؤدى عقل الجرح قبل الكتابة. انظر الموطأ للإمام مالك (٢/٧٩٥)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٩٣).
(١٠) ثبت فى (ب) الجراح.

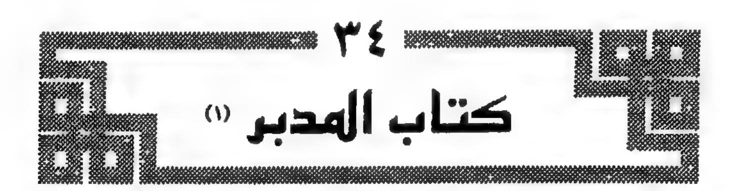
كما يخير فى العبد الرق بين افتكاكه أو إسلامه.

فصل

وإن جرح المكاتب فعقله عقل عبد[١] لأنه باق على الرق ما لم يكمل منه الأداد ويدفع العقل إلى سيده ولا يُمكَّن المكاتب من التصرف فيه لأنه قد يتلفه ثم يعجز فيعود رقيقًا معيبًا فى جسده، ويحتسب له بالعقل من كتابته فإن كان تمام ما عليه عتق فإن عجز تممه مما يؤديه، وإن كان فيه فضل كان له دون السيد لأنه قد صار حرًا بأداء الكتابة فوجب أن يملك عقل جنايته.

* * *

(١) نص عليه الإمام. انظر الموطأ (٢/ ٧٩٦)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٩٣).



٣٤
كتاب المدبر [١]

التدبير أن يقول الرجل لعبده: أنت حر عن دبر منى، أو أنت مدبر، أو إذا مت فأنت حر بالتدبير، أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه قصد به إيجاب عتقه بموته مطلقًا على وجه الوصية، وأما إن قال: إن مت من هذا المرض أو هذا السفر فإن ذلك كالوصية يجوز له الرجوع فيه وإبطاله.

فصل

ومن دبر عبده ولا دين عليه لم يجز له بيعه ولا هبته ولا نقض تدبيره بوجه ما دام حيًا[٢] خلافًا للشافعى[٣]، ولقوله عز وجل: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١] ولقوله ﷺ: «المدبر لا يباع ولا يوهب»[٤]، ولأن عتقه معلق[٥] بموت سيده على الإطلاق كأم الولد.

فصل

إذا مات السيد نظر فإن لم يكن عليه دين وكان له مال يخرج من ثلثه عتق فى الثلث

---

(١) التدبير فى اللغة: النَّظر فى عاقبة الأمر وعتق العبد فى دُبُر وهو مصدر دبَّر العبد والأمة تدبيرًا إذا علق عتقه بموته لأنه يعتق بعد ما يدبر سيده. انظر القاموس المحيط (٢/٢٧). انظر المطلع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٣١٥).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: هو عقد يوجب عتق مملوك فى ثلث مالكه بعد موته بعتق لازم. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٦٧٣).

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٣/٣٧)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٨٢).

(٣) ذكره الإمام النووى: فقال: يرتفع التدبير بخمسة أمور منها إزالة الملك فللسيد إزالة الملك عن المدبر بالبيع والهبة والوصية وغيرها. انظر روضة الطالبين (١٢/١٩٤)، انظر مغنى المحتاج (٤/٥١٢).

(٤) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٤/١٣٨) ح (٥٠) وذكره الحافظ ابن حجر وقال أبو حاتم: عبيدة منكر الحديث انظر تلخيص الحبير (٤/٢٣٧).

(٥) ثبت فى (ب) يتعاين.

وإنما وجب عتقه لوجود الصفة التى كان العتق معلقًا عليها وهى موت السيد كأم الولد، وإنما قلنا: إنه يعتق فى الثلث دون رأس المال خلافًا لداود[١]، لما رواه أبو قلابة أن النبى ﷺ: قال «المدبر من الثلث»[٢] ولأن كل عتق بعد الموت بالقول من الثلث كالموصى بعتقه، لأن المعتق[٣] بتلافى المرض آكد حرمة[٤] من المدبر ثم يعتق من الثلث فالمدبر أولى.

فصل

وإن لم يحمل الثلث عتق منه بقدر ما يحمله ورق باقيه وكذلك لو لم يترك غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه للورثة، ولا يجب عليه أن يسعى فى فكاك رقبته خلافًا لأبى حنيفة لما بيناه فى العتق.

فصل

وإن كان على السيد دين بيع جميعه إن أحاط الدين بماله وإلا فبقدر إحاطة الدين بماله وعتق ثلث ما بقى ورق ما بقى بعد عتق الثلث منه للورثة وعند أبى حنيفة أنه لا يباع فى الدين ولكن يسعى للغرماء فإذا أدى مالهم خرج حرًا[٥] ودليلنا أن التدبير يجرى مجرى الوصية والدين مقدم على الوصية فلو قدمنا عتق العبد على الدين لكان فى ذلك أحد أمرين ممنوعين: إما تقديم الوصية على الدين ليتعجل العبد العتق[٦] ويحصل الغرماء على سعاية متأخرة أو انتزاع العبد من أيديهم وإحالتهم فى سعاية لا يدرى

---

(١) وروى هذا القول عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعى وسعيد بن جبير. وهو رواية عن أحمد بن حنبل.

وقال ابن قدامة: وليس عليها عمل، قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/٣٠٨).

(٢) الحديث من طريق ابن عمر، أخرجه ابن ماجه فى العتق (٢/ ٨٤٠) ح (٢٥١٤)، والدارقطنى فى سننه (٤/١٣٨) ح (٤٩)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: الشافعى والحفاظ يقفونه على ابن عمر. انظر تلخيص الحبير (٤/٢٣٧) ح (٢).

(٣) ثبت فى (ب) العتق.

(٤) حرمة: سقطت من (ب).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى (٢/ ٣٥٠). انظر الهداية للمرغينانى (٢/ ٣٥٠)، انظر الاختيار للموصلى (٣/١٩٣).

(٦) ثبت فى (أ) المعتق.

أتصح أم لا بغير رضاهم وإلزام العبد الاستسعاء بغير جناية كانت منه وكل ذلك باطل فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل

وإذا دبر بعض عبده كمل عليه جميعه اعتباراً بالعتق لأنه ضرب منه وإن دبر[1] بعض عبد بينه وبين شريكه بإذنه أو بغير إذنه تقاوماه فإن صار للذى دبر كمل عليه تدبيره وإن صار للآخر رق وإن شاء الذى لم يدبر أن يقوم نصيبه على الذى دبر كان له ذلك[2]، وإنما قلنا إنهما يتقاومانه ليمنع[3] التبعيض فيه وأجزنا إبطاله إن صار للذى لم يدبر لأن التدبير ليس مستقراً لا محالة لأنه قد يبطل باستغراق الدين التركة وقد قيل إنه لا يجوز إلا تقويم الحصة على الشريك[4] الذى يجبر عليه صاحبه إن كان المدبر موسراً اعتباراً بالعتق إلا أن يشاء الآخر أن يدبر فيكمل التدبير كما يختار الشريك فى العتق أن يعتق فيكمل العتق.

فصل

ولد المدبر من أمته بمنزلته. لأن كل ولد حدث عن ملك اليمين تبع أباه فى الحرية والرق أصل ذلك إذا ابتاع الحر أمة فأولدها، ومن دبر أمة وهى حامل علم بحملها أو لم يعلم أو حملت بعد التدبير فولدها بمنزلتها، أما حملها إذا صادفها التدبير فلأنه داخل فى العقد على رقبتها بالبيع والهبة والكتابة وسائر العقود على الرقبة فكذلك التدبير.

فأما إذا أحدثوا بعد التدبير فإن كل ولد حدث من نكاح أو زنا فهو تابع لأمه فى الحرية والرق اعتباراً بولد العبد إذا تزوج الحرة أو بولد الحر إذا تزوج الأمة، ويقومون مع أمهم قيمة واحدة لا يقوم بعضهم على بعض لتساوى حرمتهم ولوجوب التدبير لهم وللرجل أن يطأ مدبرته[5] لأن ذلك غير ناقض لتدبيرها بل هو مؤكد له لأنها قد تحمل

(١) ثبت فى (أ) دبرت.

(٢) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١٥). انظر المدونة (٣/ ٤١). وقال ابن عبد البر: وقيل: يكون نصفه مدبراً والأول قول الإمام مالك. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٤).

(٣) ثبت فى (ب) لمنع.

(٤) ثبت فى (ب) المدبر.

(٥) انظر الموطأ (٢/ ٨١٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٣).

فتكون أم ولد وذلك أقوى من التدبير، ويفارق المكـاتبة لأن تلك تستعجل العتق بالأداء ففى كونها أم ولد تأخير عتقها.

فصل

للرجل استخدام مدبره وإجارته[1] لأنه على الأصل فى ملك تصـرفـه وإنما منع من نقض التدبير فـقط وليس فى ذلك نقض له والفرق بينه وبين أم الولد أنه ليس له من أم الولد إلا الوطء فقط وهى آكد حكمًا من المدبر لأنه لا يزول حكـم الاستيلاد بدين ولا غيره بخلاف التدبير.

فصل

وله انتزاع ماله لأن أحكامه[2] أحكام العبد إلا فيمـا يقتضى نقض التدبير وليس فى انتزاع ماله نقض التـدبير، ويستحسن فى مـرض السيد المخوف للسيـد أن لا ينتزع ماله بقرب عتقه فإنه ينتزعه لغيره لا لنفسه[3].

إذا أسلم مدبر النصـرانى خورج عليه فـدفع إليه خراجه ولم يـبع عليه، وإنما ينتظر موته فيعتق من ثلثه إن حمله أو حمل منه[4]، وإنما قلنا ذلك لأنه لا يجـوز ثبوت ملك النصرانى على المسلم ولا اسـتخدامه بالرق ولا يجوز بيـعه لما ثبت له من الحرية[5] فى حياة سيده فوجب أن يؤجر عليه من مـسلم ويدفع خراجه إلى سيده فإذا مات عتق من ثلثه[6] وكان ولاؤه للمسلمـين ما دام السيد نصرانيًا فإن أسلم عـاد إليه الولاء، ويتخرج فيها رواية أخرى وهى: أنه يبـاع عليه ويدفع الثمن إلى النصرانى[7] اعتبارًا ببيع أم ولده إذا أسلمت وحرمة الاستيلاد أقوى من حرمة التدبير.

(١) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٣).

(٢) ثبت فى (أ) أحكامها.

(٣) نص عليـه فى الموطأ. انظـر الموطأ (٢/ ٨١٤)، انظر الكافى لابن عـبـد البـر (٢/ ٩٨٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٣). انظر الثمر الدانى (ص ٥٣٩).

(٤) نص عليـه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١٥)، انـظر المدونة (٣/ ٤٦)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٥).

(٥) ثبت فى (ب) الحرمة.

(٦) ثبت فى (أ) ثلاثة.

(٧) ثبت فى (ب) إليه.

فصل

إذا قتل المدبر فقيمته لسيده لأن أحكامه أحكام العبد فى حياة سيده، وكذلك له أرش جناية أعضائه فإذا أخذ ذلك فهو فى ملك له يعمل به ما شاء ولا يلزمه أن يجعله فى مدبر آخر لأن السيد لا صنع له فى قتله فكان قتله كموته وكانت قيمته بمنزلة ماله الذى يتركه بعد موته أنه للسيد بالرق لا بالميراث.

فصل

جناية المدبر فى خدمته دون رقبته(١) لأن بيعه غير جائز ولا يجوز إسلام رقبته إلى المجنى عليه فلم يبق إلا إسلام خدمته، لأن ذلك هو الذى يملكه السيد منه والسيد مخير إن شاء افتكه بأرش جنايته وإن شاء أسلم خدمته فإن أسلمها اختدمها المجنى عليه لأنها ملك له بدلا من جنايته وأجَّره وأخذ أجرته.

وإن كان للمدبر مال تعلقت الجناية بخدمته وماله اعتباراً بالحر فى تعلق جنايته بذمته وماله فإن كان فى المال وفاء بأرش الجناية استوفى منه وإن لم يكن فيه وفاء تعلق الفضل بخدمته وأخذ المجنى عليه حقه منها فإذا استوفى أرش الجناية زال تعلقه منه، فإن كان السيد حيّا عاد مدبراً على حاله، لأن السيد يملك باقى خدمته مدة حياته فإن مات السيد قبل أن يستوفى المجنى عليه أرش جنايته بأن كان له مال يحمل ثلث المدبر عتق فى الثلث لأنه لا شيء يمنع عتقه وما بقى من أرش الجناية دين عليه لأن الجناية لا تبطل أرشها لأنها إما أن تتعلق بالرقبة أو بالذمة، وتعلقها بالرقبة(٢) فى هذا الموضع متعذر للحرمة التى له بالتدبير فلم يبق إلا تعلقها بالذمة ولأنه لما كانت جناية الحر متعلقة بذمته كذلك جناية المدبر [بعد حريته وعن مالك رواية أخرى أن ما بقى من الأرش يبطل بحرية المدبر](٣).

ووجه ذلك أن الأرش كان معلقًا بخدمته دون رقبته فلما بطلت بحريته بطل الحق المتعلق بها ببطلانها كموته، هذا كله إذا كان للسيد مال [يعتق فيه فإن لم يكن للسيد

---

(١) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١٥)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨٥)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٤).

(٢) ثبت فى (أ) بالذمة.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

مال][1] غيره عتق ثلثه فكان ثلثاه رقًا للورثة ويلزم المدبر ثلث ما بقى من أرش الجناية دينًا فى ذمته على أظهر الروايتين.

وعلى الرواية الأخرى يبطل عنه ويخير[2] الورثة فى افتكاك الثلثين بثلثى أرش الجناية أو إسلامه من رقبته إلى المجنى عليه[3] لأنه قد صار رقًا ويبطل التدبير فى ما زاد على ثلثه فإن أسلموه كان مالكًا للمجنى عليه لأن المانع كان من إسلامه بثبوت التدبير وإذا بطل التدبير بضيق المال عنه وجب تعلق ما بقى من أرش الجناية برقبته.

فصل

يجوز للسيد أن يقاطع مدبره على مال يأخذه منه ويعجل له العتق فإذا فعل ذلك وتعجل ثم مات السيد قبل أخذ المال لم يسقط عنه بموت سيده[4] لأنه دين تعلق بذمته ولا يعتبر فى ذلك خروجه من الثلث لأن الحرية قد سبقت له قبل موت السيد فينجز[5] عتقه بالعوض دون التدبير.

ويجوز أن يكاتبه كتابة منجمة فإن أداها قبل موت السيد عتق وإن مات السيد قبل أدائها عتق بالتدبير وسقط عنه باقيها أو جميعها إن كان لم يؤد شيئًا منها فإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه كما لو لم يكن كاتبه وسقط عنه [ثلث الكتابة لأنه لو عتق لسقطت الكتابة عنه فإذا عتق بعضه][6] سقط عنه بقدر ما عتق منه ويبقى ثلثاه مكاتبًا بثلثى الكتابة فإن أداه عتق وإن عجز رق للورثه والله أعلم[7].

* * *

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت فى (أ) ويجبر.

(٣) ذكره الشيخ ابن عرفة الدسوقى. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٨٤).

(٤) نص عليه الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٨١١). انظر الكافى لابن عبد البر (٩٨٥، ٩٨٦).

(٥) ثبت فى (أ) فيجوزه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٧) والله أعلم: سقطت من (أ).

٣٥
كتاب أمهات الأولاد[1]

إذا حملت الأمة من سيدها فقد ثبت لها حرمة[2] حرية تمنع بيعها وهبتها والمعاوضة على رقبتها أو من خدمتها أو إسلامها فى جناية أو عتقها عن سبب يوجب العتق من كفارة أو نذر أو غير ذلك، ولم يبق فيها إلا الاستمتاع بها فى حياته واستخدامها فيما يقرب ولا يشق، سواء وضعت ولداً ميتًا أوحيًا كامل الخلقة أو ناقصًا أو أسقطت مخلقًا أو غير مخلق، علقة أو مضغة أو ما يعلم أنه حمل، فإذا مات سيدها عتقت من رأس ماله كان له مال سواها أو لم يكن له غيرها، كان عليه دين أو لم يكن لا سبيل للغرماء عليها فى حياته ولا بعد موته ويتبعها مالها إذا عتقت قبل[3] موته وله انتزاعه فى حياته.

وإن حملت منه قبل ملكه لها ووضعت ثم ملكها لم تكن بذلك أم ولد، فإن ملكها بعد الحمل وقبل الوضع ففيها روايتان: إحداهما أنها تكون أم ولد، والأخرى أنها لا تكون أم ولد[4] وفى إجباره إياها على التزويج روايتان.

وولدها من غيره بمنزلتها فى منع بيعهم إلا أن له إجارتهم بخلاف أمهم، وقيمتها إن قتلت[5] وأرش جراحها لسيدها فإن لم يقبضه حتى مات ففيها روايتان: إحداهما أنه ملك له والأخرى أنه يتبعها كمالها، وليس له إسلامها فى جناية تجنيها والخيار له فى افتكاكها بأقل الأمرين من أرش الجناية أو قيمة رقبتها، وحكمها فى جراحها وحدودها وطلاقها وعدتها من زوجها ومنع شهادتها وميراثها وسقوط الحد عن قاذفها والقصاص لها من الحر إذا قتلها أو جرحها حكم الإماء[6] ما دام سيدها باقيًا، واستبراؤها من موته

(١) أم الولد فى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة: هى الحر حملها من وطء مالكها عليه جبراً. انظر شرح حدود ابن عرفة (٢/٦٧٩).
(٢) حرمة: سقطت من (أ).
(٣) ثبت فى (ب) بعد.
(٤) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/٤٠٩).
(٥) ثبت فى (ب) قبلت.
(٦) ثبت فى (ب) الأمة.

بحيضة وهو استبراء وليس بعدة.

فصل

وإنما قلنا إنه لا يجوز هبتها ولا المعاوضة عليها بغير البيع أيضًا فللإجماع على إن لا فرق بين البيع وبين ذلك كله، ولأن الحرمة المانعة من بيعها مانعة من ذلك كله.

فصل

وإنما منعنا أن تعتق عن سبب يوجب العتق لأن عقد الحرية قد ثبت لها فلا يكون عتقها تحريرًا، ولأن الملك عليها ناقص بنقصان التصرف فيها، وللسيد أن يعجل[1] عتقها ابتداء لأن ذلك إسقاط لحقه الباقي عليه من الاستمتاع.

فصل

وإنما منعنا من إجارتها خلافًا للشافعي[2] لأن الحرمة المانعة من بيعها مانع من إجارتها ولولا الوطء لكان عتقها منجزًا.

فصل

وإنما قلنا إن للسيد الاستمتاع بها لأن الحرمة إنما تثبت لها بالوطء فلا يجوز أن يجتلب[3] حرمة توجب تحريمه، وكذلك روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال له الاستمتاع بها ما عاش[4].

فصل

وإنما لم يفرق بين حياة الولد وموته لعموم الأخبار، ولأن الحرمة بالولادة دون صفة الولد.

---

(١) ثبت فى (أ): أن يجعل.

(٢) ذكره الشيخ الخطيب الشربينى. انظر مغنى المحتاج (٤/ ٥٤١)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٨٨).

(٣) ثبت فى (ب) تجنيب.

(٤) انظر الموطأ باب عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء فى العتاقة (٢/ ٧٧٦).

فصل

وإنما لم يراعَ التخليق خـلافًا للشافعى[١]، لأن حرمـة الولد[٢] ثابتة بالحمل اعـتبارًا بحصول التخليق، ولأنا لما لم نراع آخره لم نراع وسطه.

فصل

وإنما قلنا تعـتق من رأس المال لأن الحرمـة حاصـلة بها الآن وإنما بقى للسـيد فـيهـا الاستمتـاع بالوطء فقط والوطء لا يورث عنه ولا يملك بعده[٣]، وليس له قيمة يراعى دخولها فى الثلث فلم يبق إلا العتق من رأس المال كالمعتقة إلى أجل.

فصل

وإنما لم يفرق بين أن يكون له مال سواها أو لم يكن لأن الأخبار مطلقة غير مقيدة، ولأن مراعاة مال سواها إنما يحتاج إليه فـيما يكون عتقه فى الثلث لينظر هل يخرج كله أو بعضه وذلك غير معتبر هاهنا فلا معنى لمراعاته.

فصل

وإنما لم نراع أن يكون عليـه دين أو لا يكون لعـموم الأخـبار، ولأن عـتقـها كـان مستحقًا فى الحياة وإنما منع منه الوطء فإذا زال ذلك بالموت فلم يبق مانع منه، ولو وطئ المديان أمة له فحملـت منه لكانت أم ولد ولم يكن للغرماء اعتراض عليهـا لقوة الحرمة بالوطء وتأكيدها على القول بالعتق الحامل من جهته.

فصل

وإنما قلنا إن مالها يـتبعها إذا أعتـقت لأن كل مملوك عتق بوجه من وجوه العـتاقة[٤]

(١) قال الإمام النووى رضى الله عنه: ويثبت الاسـتيلاد أيضًا بإلقاء مضغة فيـها خلقة آدمى إما لكل أحد وإما للقوابل وأهل الخبرة من النساء فإن لم يظهر وقلن: هذا أصل آدمى ولو بقى لتصور لم يثبت الاستيلاد على المذهب. انظر روضة الطالـبين (١٢/ ٣١٠)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٨٤).

(٢) ثبت فى (ب) الولادة.

(٣) ثبت فى (أ) ولا يصدقه.

(٤) ثبت فى (ب) العتق وفى (هـ) العتاقات.

فماله تبع له ما لم ينزعه سيده أو يستثنيه على عند عتقه.

فصل

وإنما قلنا إن لسيدها انتزاعه منها حال الحياة لأن ملكه باق عليها فكان له انتزاع مالها كالأمة ولا يدخل عليه المكاتب لأن فى انتزاع مالها نقصان لعقد عتقه فهو كبيع أم الولد والمدبرة[١]، قال مالك إلا أن يشتد مرضه فلا يكون له ذلك لقرب الوقت الذى يعتقها[٢] فيه فمنع انتزاعه كما يمنع إخراج ماله فى المرض المخوف إبقاء على ورثته لقرب استحقاقهم له، ولأنه حينئذ ينتزعه لغيره لا لنفسه وإنما له أن ينتزعه لنفسه.

فصل

وإنما قلنا إنها إذا ولدت منه بعقد نكاح ثم ملكها فإنها لا تكون أم ولد بذلك خلافًا لأبى حنيفة[٣] لقوله ﷺ: «أيما أمة ولدت من نكاح سيدها فهى معتقة عن دبر»[٤] فعلق ثبوت الإيلاد[٥] بأن يكون من سيدها وهذه ولدت من زوج ولأن الحرمة ثبتت لأم الولد من جهة الولد فإذا كان الولد لا حرمة له فى نفسه لم يسر إلى أمه ولأنها وضعت ولدًا مملوكًا فلم يثبت به حرمة أم الولد، أصله الزنا، ولأنها لم تكن أم ولد قبل الابتياع فكذلك بعده.

فصل

ووجه قوله إنه إذا ابتاعها حاملاً أنها تكون أم ولد قوله ﷺ: «أيما أمة ولدت من سيدها فإذا مات فهى حرة»[٦] ولم يفرق بين أن تكون حملت منه قبل الملك أو بعده، ولأنه قد ثبتت له حرمة الحرية من جهة أبيه حال الحمل فسرى ذلك إلى أمه، أصله إذا ابتدأ الحمل فى ملكه، ووجه قوله إنها لا تكون أم ولد أنه حمل خلق رقيقًا فلم يثبت به حرمه الاستيلاد لأمه، أصله إذا ابتاعها بعد الوضع.

---

(١) ثبت فى (ب) المدبر.

(٢) ثبت فى (أ) يبتعها.

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٢/ ٣٥٢)، انظر الاختيار للموصلى (٣/ ١٩٧).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (ب) الاستيلاد.

(٦) تقدم تخريجه.

فصل

اختلف عنه فى أم ولد المدبر هل لها حرمة يثبت لها العتق بموته إذا أعتق أم لا؟ فعنه فى ذلك روايتان: إحداهما ثبوتها والأخرى نفيها.

فوجه ثبوتها اعتبارها بأم ولد المكاتب بعلة أن ولدها من سيدها داخل فى عقد العتق الثابت له ومكتسب لحرمته فوجب أن تكتسب أمه الحرية به.

ووجه نفيه أن حرمة سيدها ضعيفة لإمكان بطلان عتقه وعود رقه فلم تسر الحرمة إلى أمته بولادتها منه، فإذا قلنا لها حرمة الاستيلاد لم يجز للسيد انتزاعها منه حاملاً كانت أم غير حامل، وإن قلنا ليس لها حرمة الاستيلاد فله انتزاعها ما لم تكن حاملاً لأنها مال للمدبر وللسيد انتزاع مال مدبره، وإن كانت حاملاً لم يكن له انتزاعها رواية واحدة لأن الولد داخل فى تدبير أبيه.

فصل

فى أم ولد المكاتب خلاف لأنه قد جاز للمكاتب بيعها من غير دين وهذا يدل على أنه لا حرمة لها بالاستيلاد وقال ليس له بيعها إلا أن يرهقه دين، فوجه الأول أن حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها لأنه يعتق بالأداء ويرق بالعجز فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاد وجاز له بيعها، ووجه الثانى اعتباراً بأم ولد الحر لثبوت حرمة العتق لسيدها، فأما إذا رهن المكاتب دين أو خيف عليه العجز فلا أعلم خلافًا عن مالك أن له بيعها فى دينه وأن لسيدها بيعها فى كتابته لأن دينه يؤدى إلى عجزه فيرق وتبطل حرمتها وحرمته.

فصل

وإذا أسلمت أم ولد النصرانى عرض عليه الإسلام عقيب إسلامها فإن أسلم فهى أم ولده مثل ما كانت فإن أبى ففيها روايتان:

إحداهما أنها تعتق عليه[1]، والأخرى أنها تباع، فوجه قوله أنها تعتق عليه لأنه لم يكن له فيها إلا الوطء فإذا حرم بالإسلام وجب عتقها لأنه لا يجوز بقاء ملك على

---

(١) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٣/ ٥٣)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٨١).

ملك لا ينتفع منه بشيء من وجوه الانتفاع وكذلك قوله فى أم ولد الابن إذا وطئها الأب أنها تعتق على الابن لأن وطأها محرم عليه.

ووجه قوله إنها تباع عليه أن النصرانى غير متعبد بفروع الدين فلم يجز حكمه، ولأنه لما لم يمنع بيعها قبل إسلامها كذلك بعده كالعبد الغنى إذا أسلم.

فصل

ووجه قوله إن له أن يزوجها بغير رضاها لأنه قد بقى له فيها ملك [الوطء بحكم الرق فجاز له المعاوضة عليها كما أنه لما ملك][1] من المدبر خدمته جاز له المعاوضة عليها، ووجه قوله لا يزوجها إلا برضاها أنه عقد على منافعها فلم يكن له ذلك إلا برضاها كالإجارة وذلك مكروه فى الجملة للدناءة ونقصان المروءة.

فصل

وإنما قلنا إن ولدها[2] من غيره هو بمنزلتها لأن الأصول موضوعة على أن كل ولد حدث من ملك اليمين فإنه تابع لأبيه فى الحرية والرق وعقودهما والأصل فيه ولد الرجل من أمته وكل ولد حدث من غير ملك اليمين[3] ولا شبهة ملك فهو تابع لأمه فى ذلك والأصل فيه المتزوج بأمة غيره فإذا ثبت ذلك كان ولد أم الولد بمثابة أم الولد يعتق بموت سيدها من رأس المال كعتق أمه إلا أنه لا يجوز للسيد وطؤها إن كانت أنثى لأنها ربيبة.

وإنما قلنا إن له إجارته بخلاف أمه لأن أمه كان له فيها الاستمتاع وهو بعض أحكام الملك وذلك حرام عليه من ولدها فلم يبق فيهم إلا الإجارة لأنا لو منعنا ذلك لم يبق لهم عليه شيء من أحكام الرق وذلك ينافى بقاء الملك.

فصل

وإنما قلنا إن قيمتها إن قتلت لسيدها لأنها على ملكه، وإن كان ناقص التصرف فيها وكذلك أرش جراحها له لأنه إذا كان يملك قيمتها لو قتلت ملك أرش جراحها اعتباراً بالعبد القن، ووجه قوله إنه إذا لم يقبضه حتى مات فإنه يورث عنه فلا يتبعها هو أنه ما

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (ب) ولده.

(٣) اليمين: سقطت من (ب).

كان يملكه فى حياته دونها فكان لورثته بعد موته لأن ما ملكه الإنسان فى حياته من المال فهو لورثته بعد موته، ووجه قوله إنه لها إنهاء تملك أرش الجناية عليها وللسيد انتزاعه كما له انتزاع مالها فلما لم ينتزعه فى الحياة تبعها كغيره من مالها.

فصل

وإنما قلنا ليس له إسلامها لجناية تجنيها؛ لأن إسلامها بمنزلة بيعها لأن الغرض به استرقاقها وأخذ رقبتها عوضًا من جنايتها وإذ لم يجز إسلامها وكان السيد سبب المنع لزمه افتكاكها.

وإنما قلنا إنه يكون مخيراً بين القيمة وأرش الجناية اعتباراً بالعبد إذا امتنع من إسلامه إلى المجنى عليه وتعذر بنقص وجوه التعذر، فأما القيمة فإنها تقوم مقام المقوَّم وتسد مسده والمراعاة فيها يوم الحكم، ولأن ذلك وقت وجوب تسليم العبد القن وكذلك فى أم الولد، وأما أرش الجناية فلأنها بدل من جنايتها والخيار له فى أقل الأمرين لأن المجنى عليه لا مقال له إذا أخذ بدل جنايته أو بدل رقبة الجانى.

فصل

وإنما قلنا إن أحكامها فى حدودها وجراحها وشهادتها وغير ذلك أحكام العبيد لبقائها على الرق، ونقصان التصرف فيها لا يمنع جرى أحكام الرق عليها كالمعتق إلى أجل.

فصل

وإنما قلنا استبراؤها من موت سيدها بحيضة لأنه استبراء من وطء بملك اليمين كالأمة، وإنما لم نقل عليها العدة بالشهور خلافًا لمن ذهب إلى ذلك[1]، ولأن العدة تجب على الزوجات وهذه ليست بزوجه فإن يئست من الحيض فبثلاثة أشهر لأن ذلك قائم مقام الحيض إذا عدم، [وبالله التوفيق][2].

---

(١) فقال عطاء وقتادة: عدتها حيضتان كعدة الأمة المطلقة. وقال أصحاب الرأى: عدة أم الولد من موت سيدها، والإعتاق ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر. وقد نقل الشيخ موفق الدين بن قدامة عن الأحناف: أنه ليس على أم الولد استبراء فاحذره. انظر المغنى لموفق الدين (٩/١٥٤)، انظر الهداية للمرغينانى (٢/٣٠٩)، انظر الاختيار للموصلى (٣/١٤٥).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ،هـ).

٣٦
كتاب الأقضية

والشهادات والدعاوى والبينات وما يتعلق بذلك[١]

الأصل فى القضاء[٢] قوله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ [ص:٢٦]، وقوله عز وجل: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة:٤٩]، وقوله تعالى ﴿لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ [النساء:١٠٥]، وقوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»[٣]، وقوله لمعاذ بن جبل لما وجهه إلى اليمن قاضيًا: «بم تحكم» قال: بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد»، قال: بسنة رسول الله ﷺ قال: «فإن لم تجد» قال: أجتهد رأيى، فقال رسول الله ﷺ: «الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله»[٤]، وفيه أخبار كثيرة عنه ﷺ وعن السلف بعده.

فصل

ويجب أن يكون فى القاضى خصال منها ما لا يتم الحكم إلا بها ما هو من آداب القضاء وسنة الحكم فى الشرع، فأول ما يجب[٥] فيه: أن يكون فقيهًا غير عامى ومن

(١) فى (ب) كتاب الأقضية فقط.

(٢) القضاء فى اللغة: الحكم قضى عليه يقضى قضيًا وقضاءً وقضية والصنع والحتم والبيان. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/٣٧٨).

وفى الاصطلاح: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشَّرعى ولو بتعديل أو تجريح لا فى عموم مصالح المسلمين. انظر حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٥٦٧).

(٣) أخرجه البخارى فى الاعتصام (١٣/ ٣٣٠) ح (٧٣٥٢)، ومسلم فى الأقضية (٣/١٣٤٢) ح (١٥/١٧١٦).

(٤) أخرجه أبو داود فى الأقضية (٣/٣٠٢) ح (٣٥٩٢). والترمذى فى الأحكام (٣/٦٠٧) ح (١٣٢٧). وأحمد فى المسند (٥/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣) ح (٢٢٠٦٨). وانظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر (٤/٢٠١).

(٥) يجب سقطت من (ب).

أهل الاجتهاد عارفًا بالكتاب والسنة وطرق الاجتهاد وترتيب الأدلة وكيفية النظر فيها وتخريج الفروع على الأصول، ولا يجوز له تقليد غيره من العلماء ما دام عليه فسحة فى النظر ومهلة يمكنه فيها الاجتهاد فإن خاف فوات الحادثة متى أخرها إلى أن يلوح[١] له فيها النظر وتعين عليه فرض الحكم فيها فهل يجوز له أن يقلد غيره من العلماء أو لا يجوز له فيها نظر فكان الأقوى أن يجوز لأن تأخير الحكم يؤدى إلى فوات الفرض وإضاعته، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم قد كان يقلد بعضهم بعضًا فى الأحكام إذا خفى على المقلد منهم طريق النظر فى حكم الحادثة.

فصل

وإنما قلنا إنه لا يجوز أن يكون الحاكم عاميًا خلافًا لأبى حنيفة[٢]، لقوله تعالى: ﴿لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ [النساء:١٠٥] وذلك يتضمن الاجتهاد، وقوله تعالى: ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾ [ص:٢٦] والمقلد لا يفرق بين الحق والباطل بالتقليد، وقوله ﷺ: لمعاذ: «بما تحكم» قال: بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد» قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم تجد»، قال: أجتهد رأيى، فقال رسول الله ﷺ: «الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله»[٣] وقوله: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»[٤].

وهذا كله يدل على أن الحاكم يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ولأن التقليد لا يثمر عليه ولا يجوز التقليد إلا للعامى للضرورة بالعامى إلى أن يلى الحكم ويقلد غيره. ولأن القضاء آكد وأقوى من الفتيا لأن الحاكم يلزم غيره بحكمه، والمستفتى لا يلزمه المصير إلى فتيا المفتى فإن لم يجز للمفتى أن يكون مقلدًا فالقاضى أولى.

وينبغى للقاضى أن يكون فطنًا متيقظًا كثير التحرز من الحيل وما ينم مثله على المغفل أو الناقص أو المتهاون، وأن يكون عالمًا بالشروط عارفًا بما لا بد منه من العربية واختلاف معانى العبارات فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات فى الدعاوى والإقرار والشهادات

(١) ثبت فى (أ) يبرح.

(٢) فى قوله بجواز تقليد المقلد القضاء. انظر الهداية للمرغينانى (١١٢/٣)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٣،٢/٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

وغيـر ذلك مما يتعلق، ولأن كتـاب الشرط هو الذى يتـضمن حقـوق المحكوم له وعليه والشهادات تسمع بما فـيه فقد يكون العقد واقعًا علـى وجه يصح أو لا يصح فيجب أن يكون فيه علم بتفصيل ذلك وتحمله[١]، وينبغى أن يستبطن أهل الدين والأمانة والعدالة والنزاهة ويستعين بهم على ما هو سبيله ويـعول بهم على التوصل إلى ما ينوبه ويخففوا عنه فيمـا يحتاج إلى الاستنابة فيـه من النظر فى الوصايا والأحباس والوقوف والقـسمة وأموال الأيتام وغير ذلك مما ينظر فيه.

والأولى عندنا[٢] أن يقضى فى المسجد خلافًا للشافعى فى كراهية[٣] ذلك. لأن النبى ﷺ كان يحكم فيه، والأئمة بعده وليقرب الوصول إليه على كل من أراده.

وينبغى له التسوية بين الخصمين فى المجلس وأن يكون إقـباله عليهما على حد سواء كمـا روى عن السلف والأئمـة من القضاء بذلـك وأن يبتدى منـهما من بدأ بـالدعوى فيسمع دعواه ويستوفى الحكم له ثم يثنى من بعـده وإن تشاحا فى التقديمة والتبدية ولم يعلم صدق أحـدهما أقرع بينهمـا فيبـدأ بمن يخرج سهمـه لأنه لا طريق إلى الفصل[٤] بينهما إلا بذلك ويجوز أن يقال إن ذلك موكـول إلى اجتهاد الحاكم والإقراع أقرب إلى العدل.

وينبغى إذا استوفى سماع البينة وأراد الحكم أن يقول للمحكوم عليه أو لوكيله إن لم يحضر: أبقيت لك حجة؟ أم هل عندك مـا تدفع به حجة خصمك؟ فإذا قال لا، حكم حينئذ، وإن قال نعم انتظر ما يأتى به فإن تبين منه اللدد[٥] حكم ولم يلتفت إلى قوله.

وينبغى أن يكون له صاحب مـسائل يكون من أهل الأمانة والثقة فيـسأله عن شهوده ويعول عليه فى تعـديل من شهد عنده، وينبغى للمزكى أن يكون عالمًا بـوجوه التعديل والجرح عارفًا بطرقهما.

---

(١) وتحمله: سقطت من (ب).

(٢) عندنا: سقطت من (ب).

(٣) قال الإمام النووى: ويستـحب أن لا يتخذ المسجد مجلسًا للقضـاء فإن اتخذه كره على الأصح. انظر روضة الطالبين (١١/١٣٨)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٣٩٠).

(٤) ثبت فى (ب) القضاء.

(٥) ثبت فى (ب) الرفع. وقال الفيروزآبادى : (الألَدّ الخَصم الشـحيح الذى لا يزيغ. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٣٣٥).

وللحاكم أن يحكم بشهادة من يعلمه عدلاً وأن يرد شهادة من يعلمه فاسقًا أو يعلمه غير مستكمل بشروط العدالة وليس ذلك حكمًا بعلمه، وشروط القضاء وآدابه كثيرة لا يحتملها هذا المختصر وفيما ذكرناه كفاية إن شاء الله.

فصل

ولا يحكم الحاكم بعلمه فى شىء أصلاً لا قبل ولايته ولا بعدها لا فى حكمه ولا فى غيره ولا فى حقوق الله ولا فى حقوق الآدميين[١].

وقال عبد الملك: يحكم بعلمه فى مجلس حكمه إذا حضر عنده الخصم واعترف بحق خصمه[٢].

وقال أبو حنيفة يحكم فى حقوق الآدميين فيما علمه بعد القضاء لا يحكم فيما علم قبله[٣] وقال الشافعى إنه يحكم بعلمه فى كل الأشياء[٤].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾ [النور:٤] فأمر بجلد القاذف متى لم يقم بينة على ما رمى به المقذوف، وقوله ﷺ فى حديث هلال بن أمية لما لاعن زوجته: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لهلال وإن جاءت به على نعت كذا فهو [لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال ﷺ: «لو كنت راجمًا أحدًا بغير بينة لرجمتها»[٥] موضع الدليل أنه ﷺ علم أنها زنت لإخباره أنها جاءت به على نعت كذا فهو][٦] لغير زوجها ثم لم يحكم بالحد لعدم البينة.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. وقال: هذا تحصيل مذهب مالك. انظر المدونة (٤/٧٨). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٥٧). انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/١٥٨, ١٥٩).

(٢) وهو قول أبوه عبد العزيز بن أبى سلمة وهو قول طائفة من أهل المدينة. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٥٧).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٢/١١٦). انظر الفتاوى الهندية (٣/٣٣٩).

(٤) ذكره الإمام النووى. وقال: يقضى بعلمه فى المال قطعًا وكذا فى القصاص وحد القذف على الأظهر ولا يجوز فى حدود الله على المذهب وقيل قولان. انظر روضة الطالبين (١١/١٥٦)، انظر مغنى المحتاج (٤/٣٩٨).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

وعند المخالف يجب أن يرجمها إذا علم بذلك، وروى أنه ﷺ بعث أبا جهم مصدقًا فلاحقاه رجلان فشجهما فأتيا إلى النبى ﷺ يطلبان القصاص فبذل لهما مالاً فرضيا به فقال إنـى أخطب الناس وأذكر لهم ذلك أفرضيتما، قالا: نعم فـخطب الناس ثم قال أرضيتما بعـد أن ذكر القصة فقالا: لا، فهم بهم المهاجـرون الأنصار فمنعهم النبى ﷺ ثم نزل فزادهما فرضيا فصعد المنبـر فقال أرضيتما فقالا: نعم[1]، موضع الدليل أنه لم يحكم عليهـما بعلمه لما جحدا أن يكـونا رضيا، ولأنه ﷺ امتنع من قتل المـنافقين مع علمه بكفرهـم وقـال: «لئلا يتحدث الناس أن محمداً يـقتل أصحابه»[2] وإنما لم يقتلهم لأن الناس لم يعلموا بكفرهم كعلمه، ولأن الحاكم لما كان غير معصوم فقد تلحقه الظنة والتهمة فى أن الحكم لوليه على عدوه وأمكن وقوع ذلك منهم وجب حسم الباب: بألا يحكم بعلمه لئلا يدعى عليـه بذلك، ولإمكان أن يقع ذلك منه فيلحق الناس أذية منه: فإذا منع أن يحكم بعلمـه زالت التهمة فى ذلك ويعرض الكلام فى الحـدود ولأصحاب الشافعى فيها وجهان[3].

ودليلنا أنه لا يحكم فيـها بالعلم الظاهر والأخبـار، وقول أبى بكر رضى الله عنه لو رأيت رجلاً[4] على حد من حدود الله ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة[5]، ولا مخـالف له نعلمه وإن سلموا ذلك قـسنا عليه سائر الحقـوق، وقلنا إنه حكم بعلم فلم يجز، أصله الحدود واعتباراً بعلمه قـبل الولاية مع أبى حنيفة، وفى غير مجلس الحكم مع عبد الملك.

فصل

إذا ثبت أنه ليس له أن يحكم فله أن ينـفذ الحكم بعلمـه بعدالة الشهـود ويقف عنه

(١) أخرجـه أبو داود فى الديات (٤/ ١٨٠) ح (٤٥٣٤). والنسائى فى القسـامة (٨/ ٣١) ح (باب: السلطان يجاب على يده)، وابن ماجه فى الديات (٢/ ٨٨١) ح (٢٦٣٨).

(٢) أخـرجـه البـخـارى فى المـناقب (٦/ ٦٣١) ح (٣٥١٨) ، ومـسلم فـى البـر (٤/ ١٩٩٩) ح (٦٣/ ٢٥٨٤).

(٣) قال الإمـام النووى: يقضى فى حـد القذف بعلمه على الأظهـر ولا يجوز فى حـدود الله تعالى على المذهب وقيل قـولان. انظر روضة الطالبين (١١/ ١٥٦)، انظر مغـنى المحتاج (٤/ ٣٩٨)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٣٤٩).

(٤) ثبت فى (ب) احداً.

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٤٢) ح (٢٠٥٠٥).

بعلمه بفسقهم وليس ذلك حكمًا منه بعلمه بدليل أن لغيره من الحكم أن يحكم بشهادتهم ولو كان ذلك حكمًا بالعلم لم يجز لمن جاء بعده أن يحكم بشهادة من قد رد شهادته الذى قبله كما لا يجوز له نقض حُكْمٍ حُكِمَ به مما يسوغ لهما[1] الحكم به.

فصل

إذا علم شيئًا ومنع الحكم فيه بعلمه فإنه قد يكون شاهدًا فيه لمن له الحكم فيرفع إلى الإمام أو إلى غيره من الحكام ويدعى صاحب الحق شهادة الحكم فيكون الحاكم كأحد الشهود فيعمل فيه كما يعمل فى شهادة الشاهد وسائر الحقوق[2].

فصل

وإذا حكم الحاكم بحكم ثم أنكر أن يكون حكم به فإذا شهد شاهدان على حكمه ثبت ولم يسقط بإنكاره وكذلك لو نسى[3] أن يكون حكم به فشهد به عنده شاهدان قبل شهادتهما، وقال أبو حنيفة[4] والشافعى : إن لم يذكرحكمه لم تنفع شهادة الشهود شيئًا[5].

ودليلنا أنها شهادة عنده على حكم لو كان ذاكرًا له لساغ قبولهما فكذلك إذا كان ناسيًا، أصله إذا شهد عنده بحكم غيره، ولأنه قد تعلق بذلك حق لغيره وهو من يشهد بالحكم له فلو قلنا إن الشهادة غير مقبولة إلا أن يذكرها ومعلوم أنه قد ينسى ويشك لأدى إلى تضييع حقوق الناس ولكان لا معنى للإشهاد على إنفاذه، ولأنه قد يتهم أيضًا أن يكون جحد حكمه لعداوة بينه وبين المشهود له.

فصل

وإذا وجد فى ديوانه حكمًا بخطه ولم يذكر أنه حكم لم يجز له أن يحكم به إلا أن

---

(١) ثبت فى (ب) إليه.

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/٧٨)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٥٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/١٥٨, ١٥٩).

(٣) ثبت فى (أ) خشى.

(٤) ذكره فى الفتاوى الهندية. انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٣٤٠).

(٥) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/١٥٧). انظر مغنى المحتاج (٤/٣٩٩).

يشهد عنده شاهدان خلافًا لابن أبى ليلى فى قوله يحكم بالخط[١]، لأنه لم يثبت عنده أنه حكم به فلا يجوز قياسًا على حكم غيره.

فصل

لا خلاف أعلمه أن العبد لا يجوز أن يكون حاكمًا[٢] [والعلة فيه نقصه بالرق، وأما المرأة فلا يجوز أن تكون حاكمًا][٣] عندنا على وجه، وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون حاكمًا فى كل أمر تجوز فيه شهادة النساء[٤] فدليلنا قوله ﷺ: «إنكن ناقصات عقل ودين»[٥] وهذا خارج مخرج الذم وفيه تنبيه على منع رد شىء من أمور الدين إليهن، وقوله ﷺ: «لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»[٦] وقوله: «أخروهن حيث أخرهن الله»[٧]، ولأنها ولاية لفصل القضاء وتنفيذ الأحكام كالإمامة الكبرى، ولأنه لا يصح أن تكون حاكمًا فى الحدود والقتل فكذلك فى غيره من الأحكام، أصله العبد.

فصل

وذهب ابن جرير الطبرى إلى أن المرأة يجوز أن تكون حاكمًا على الإطلاق فى كل ما يجوز أن يحكم فيه الرجل[٨]، وسمعت أبا الفرج بن ظرارة وسئل عن هذه المسألة فى مجلس السلطان الأعظم عندنا بمدينة السلام وأنا حاضر سنة سبع وثمانين وثلاثمائة

(١) وهو رواية عن أحمد بن حنبل. وقال ابن قدامة: هذا الذى رأيته عن أحمد فى الشهادة. انظر المغنى لموفق الدين (١١/ ٤٣٥).

(٢) انظر مراتب الإجماع لابن تيمية (ص ٤٩). انظر المغنى لموفق الدين (١١/ ٣٨٠).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/ ١١٨)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١١١).

(٥) أخرجه البخارى فى الحيض (١/ ٤٨٣) ح (٣٠٤)، ومسلم فى الإيمان (١/ ٨٦) ح (٧٩/ ١٣٢).

(٦) أخرجه البخارى فى المغازى (٧/ ٧٣٢) ح (٤٤٢٥)، والترمذى فى الفتن (٤/ ٥٢٧) ح (٢٢٦٢)، والنسائى فى القضاة (٨/ ٢٠٠) باب (النهى عن استعمال النساء فى الحكم)، وأحمد فى المسند (٥/ ٥٤) ح (٢٠٤٦٢).

(٧) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى عبد الرزاق فى مصنفه وقال: موقوف على ابن مسعود، انظر نصب الراية (٢/ ٣٦).

(٨) ذكره ابن قدامة فى المغنى، انظر المغنى لموفق الدين (١١/ ٣٨٠)، انظر حلية العلماء للشاشى (٣/ ١١٥٩).

فاحتج بأن قال: لأن الغرض من الحكام[١] تنفيذ الأحكام، وسماع البينة، والفصل بين الخصوم وذلك متأت من المرأة كتأتيه من الرجل فلا فرق بينهما إلا كفرق ما بين الأنثى والذكر وهذا القدر غير مؤثر[٢] فنقضه القاضى الإمام أبوبكر محمد بن الطيب الأشعرى شيخنا رحمه الله بالإمامة الكبرى لأن الغرض بها حفظ البيضة وحماية الجوزة والذب عن الأمة وجباية الخراج وأموال المسلمين وصرفها فى وجوهها قد يتأتى ذلك من المرأة كتأتيه من الرجل ومع ذلك فلا يجوز أن تكون إمامًا.

قلت أنا وينتقض أيضًا بالعبد فانفصل[٣] وأجاب الشيخ[٤] بأن قال: لا يمتنع أيضًا أن يكون الأصل فى كل من استنيب فى شىء يتأتى منه فعل[٥] ذلك الشىء فإنه يصح[٦] تأتيه فيه إلا أن يقوم دليل من جهة الشرع يمنعه، وأجاب القاضى عن هذا بأنا لا نسلم أن يكون ذلك أصلاً فى الشرع وإنما هو على حسب ما يقوم عليه الدليل من إطلاق أو تقييد قال: وهذا حيلة لدفع[٧] النقض.

فصل

إذا كان القاضى لا يعرف لغة الخصمين أو أحدهما احتاج إلى من يترجم عنه، وقال أبو حنيفة يكفى فى ذلك رجل واحد كان أو امرأة[٨]، وقال الشافعى لا يكفى فى ذلك أقل من اثنين[٩]، ولا أحفظ فى هذا الوقت شيئًا من متقدمى أصحابنا، وفصل متأخرو شيوخنا فقالوا إن كان الإقرار يتضمن مالاً أو يتعلق بالمال قبل رجل وامرأتان وإن كان مما لا يتضمن ذلك لم يقبل فيه إلا رجلان، والأمر على ما قالوه، إلا أنه إن كان إقراره بمال أو دعواه بمال أو ما يتعلق بالمال فعندى أنه يخرج على وجهين: أحدهما أنه يقبل فيه رجل وامرأتان، والآخرلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين والذى لأجله وجب ذلك

(١) ثبت فى (ب) الحاكم.
(٢) ثبت فى (ب) مؤثر.
(٣) فانفصل: سقطت من (أ).
(٤) ثبت فى (ب، هـ) المحتج.
(٥) ثبت فى (أ) قبل.
(٦) ثبت فى (ب،هـ) يصلح.
(٧) ثبت فى (أ) لرفع.
(٨) ذكره الشيخ الموصلى، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١١٣).
(٩) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/ ١٣٦)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٣٨٩).

اختلافهم فيما يتعلق بالمال مما ليس هو فى الحقيقة شهادة على مال هل يقبل فيه رجل وامرأتان أم لا وذلك لأنهم اختلفوا فى الشهادة على الوكالة بالمال.

والوكالة فى المطالبة والخصومة فيه ليست مالاً وإنما هى فعل بدن وحكم يثبت فيه يجر إلى تعلق المال فكذلك فى مسألتنا هى شهادة على لغة وهى أن معنى ما قاله باللغة العربية أنه إقرار بمال والشهادة على أن هذا اللفظ فى لغة الخصم موضوع لهذا المعنى فى لغة العرب ليست بشهادة على مال فيجب على هذا ألا يقبل فيه إلا شاهدان.

فصل

لا يحلِّف الحاكم المدعى عليه إلا أن يعلم أن بينهما مخالطة أو معاملة أو تهمة دون الاقتصار على مجرد الدعوى، واختلف أصحابنا فى تأويل ذلك فمنهم من قال ينظر إلى الدعوى فإن كان مما يجوز ويشبه أن يدعى مثلها على المدعى عليه أحلف له، [ومنهم من قال إن كان المدعى عليه يشبه أن يكون مثله [يعامل][1] المدعى فيما ادعى عليه أحلف له][2]، ومنهم من قال إن المسألة على ظاهرها لا يحلِّفه الحاكم إلا أن يعلم بينهما مخالطة أو معاملة وهذا كله إذا كانا من أهل البلد أو مقيمين به، وأما إن كانا غريبين فيحلِّفه ولا يعتبر مخالطته ولا غيرها، وعند أبى حنيفة[3] والشافعى أنه يحلف على أى وجه كان[4].

فدليلنا أن ما قلناه مروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه[5] وهو صحابى إمام ولا مخالف له، ولأن من أصلنا الحكم بالذرائع ومعناها المنع من المباح إذا قويت التهمة فى التطرق به إلى الممنوع، وهذا موجود فى مسألتنا لأن اليمين تشق وتصعب على أهل الأقدار والديانات، وربما افتدوا منها وربما بذلوا الشىء الذى يدعى عليهم كراهية أن يتحدث عنهم أنهم أقدموا على اليمين وحراسة لحسن الظن بهم وانتفاء التهمة[6] عنهم، فلو كانت اليمين بمجرد الدعوى لما شاء أحد أن يؤذى أهل الدين والقدراء ويتعرض

---

(١) ما بين المعكوفين طمس فى (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب، هـ).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/ ١٧٤)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٤٦).

(٤) انظر روضة الطالبين (١١/ ٤٣).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٤٣٧) ح (٢١٢٣٧).

(٦) ثبت فى (ب) الظن.

لمالهم إلا وأظهر الدعوى فيحصل إما على شيء يأخذه أو على الأذية والذلة لهم، وفى ذلك إضرار بالناس وتطريق إلى من يريد أذاهم إلى ما يريده لهم فوجب حسم الباب بالمنع منه حتى إذا كان مع الدعوى سبب يقويها وجب اليمين لغلبة الظن بإمكان ما يدعيه المدعى ولا يلزم على هذا ألا يعديه[1] لأن حضور مجلس الحاكم إذا لم تقارنه يمين لا هجنة[2] فيه لأنه لم يتم للمحضر[3] المدعى عليه ما أراد به.

فصل

إذا حكَّم الرجلان بينهما رجلاً ورضيا بحكمه فحكم بينهما بما يجوز فى الشرع لزمهما ولم يعتبر موافقة حاكم البلد أو مخالفته، وقال أبو حنيفة إن وافق ما حكم به رأى قاضى البلد لزم وإلا لم يلزم[4]، وللشافعى قولان: أحدهما مثل قولنا، والآخر يكون فتوى منه لا حكمًا[5]، فدليلنا على لزومه خلافًا للشافعى قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[6]، وقوله: «لكل مسلم شرطه»[7]، ولأنهما إذا تراضيا به لزمهما حكمه لإلزامهما أنفسهما وذلك كما لو رضى بقاضى البلد، ولا يشبه هذا الشهادة إذا قال فلان صادق فيما شهد به علىَّ ثم أنكر شهادته لأن الرضا بالشهادة ليس برضا باجتهاد لأن الشهادة علم يؤديها الشاهد إلى الحاكم لا مجال للاجتهاد فيها له أن ينكر إذا شهد عليه بالباطل، والقضاء بخلافها لأن طريقه الاجتهاد فما رضيا بحكمه وعلما أنه يجتهد وأن اجتهاده ربما وافق مراد أحدهما وربما خالفه فقد دخلا على الرضا بما يكون منه.

فأما إذا حكم بينهما بجور أو بخلاف نص أو إجماع فلا يلزم كالشهود إذا شهدوا بالباطل لأنهما إنما رضيا بأن يحكم بالشرع لا بخلافه، ودليلنا على أنه يلزم وإن خالف رأى قاضى البلد أنه إذا ثبت أن يتراضيا به[8] فقد صار حاكمًا ينفذ حكمه عليها وصار

(١) ثبت فى (ب) يغديه.

(٢) ثبت فى (أ) لا سحبة.

(٣) ثبت فى (أ) للحاضر.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/ ١٢٠)، انظر الاختيار للموصلى (٢/١٢٣).

(٥) ذكرهما الشيخ الشيرازى. انظر المهذب للشيرازى (٢/٢٩١)، انظر روضة الطالبين (١١/ ١٢٠، ١٢١).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ثبت فى (ب) تراضيهما.

بمنزلة حاكم آخر فى البلد لأن تراضيهما به يقوم مقام نصب السلطان له.

فصل

إذا ثبت عند حاكم بلد حق لإنسان على رجل فى بلد آخر وتعذر عليه إقامة بينة عند حاكم ذلك البلد جاز للحاكم الذى يثبت الحق عنده أن يكتب بما يثبت عنده له إلى حاكم ذلك البلد وعلى المكتوب إليه أن ينفذه إذا شهد شاهدان[1] بأنه كتاب ذلك الحاكم ولا تنفع الشهادة على حكمه دون لفظه بأنه كتابه[2].

وإنما قلنا إن كتاب الحاكم إلى الحاكم يثبت به الحق للضرورة إليه لأن البينة ربما يتعذر إقامتها عند ذلك الحاكم فلم يبق طريق إلا أن يكتب ذلك الحاكم به إلى من يلتمس تنفيذه للحكم لأنه لو لم يقبل ذلك لأدى إلى ضياع الحقوق، ولأن كتاب الحاكم أو شهادة الشهود بثبوت الحق يثبت عند الحاكم[3] الثانى بشهادة الشهود عنده بحكم الأول به فكذلك شهادتهم عليه أن هذا كتابه.

وإنما قلنا إن الشهادة على الخط لا تنفع لأن الخط لا يحكم باعتراف كاتبه على ما كتبه[4] لأنه قد يكتب أشياء لا يؤخذ بها ولو لفظ كتبه لأخذ به.

فصل

وإذا مات المكتوب إليه أو عزل فجاء الكتاب إليه والمكاتبة للذى قبله لزم الثانى أن يحكم بما فيه [خلافًا لما حكى عن أبى حنيفة من أنه لا يجوز للقاضى الثانى أن يحكم بما فيه[5]][6] لأن الحاكم لا يخلو أن يكون كتب ما به قد حكم أو بثبوت حق عنده لم يحكم به فإن كان قد كتب بأنه قد حكم فيلزم كل من ثبت عنده ذلك من الحكام تنفيذه، وإن كان قد كتب بما يثبت عنده فذلك جار مجرى الشهادة على الشهادة فشهود

---

(١) ثبت فى (أ) شاهد.

(٢) انظر المدونة (٤/ ٧٧)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٥٦).

(٣) الحاكم: سقطت من (أ).

(٤) ثبت فى (أ) كتابه فإن على ما كاتبه.

(٥) قال الشيخ الموصلى: إن مات المكتوب إليه بطل إلا أن يكون قال بعد اسمه: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٢٢)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ٤١٤).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

الفرع إذا ماتوا جاز لغيرهم تحمل الشهادة كذلك ها هنا.

فصل

يحكم على الغائب إذا أقام الحاضر البينة وسأل الحكم له، وقال أبو حنيفة يسمع الحاكم دعوى الحاضر وبينته ولكن لا يحكم له على الغائب ولا على من هرب قبل الحكم وبعد إقامة البينة[1]، ودليلنا قوله ﷺ لهند وقالت له إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي أفآخذ من ماله فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2]، وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما خطب الناس (ألا إن أسفيع جهينة رضي لدينه وأمانته أن يقول سبق الحاج فادان معرضًا وإنا بايعوا ماله فمن كان له عليه دين فليحضر)[3] ولم يكن أسفيع حاضراً ولا أنكر ذلك على عمر أحد، ولأنها بينة مسموعة طلب صاحبها الحكم بها فأشبه إذا كان الخصم حاضراً، ولأنها دعوى مستحق على غائب قامت بها بينة فوجب أن يحكم بها، أصله إذا ادعى على رجل أنه قتل وليه خطأ لا خلاف أنه يحكم له بالدية على العاقلة وإن كانوا غيبا لأن غيبة المدعى عليه لا تمنع الحكم عليه، أصله إذا ادعى على ميت وأقام البينة أو ادعى على جماعة غيب أحدهم حاضر، ولأن عدم الحضور بالموت أبلغ في التعذر منه بالغيبة فإذا قضى مع الموت فمع الغيبة[4] أولى، ولأن ذلك ذريعة إلى إبطال حقوق الناس لأنه لا يشأ أحد أن يأخذ أموال الناس ولا يؤديها إلا غاب فلا يمكن القضاء عليه، ولأن الاتفاق حاصل على أن الحاكم يسمع البينة عليه والفائدة في ذلك الحكم بها وإلا لم ينتفع باستماعها، ولأنهم قد وافقونا على أن امرأة لو ادعت النفقة على زوجها وهو غائب وذكرت أن له وديعة عند رجل فأقر بها فإنه يقضى لها بنفقتها ويؤخذ لها منه فكذلك سائر الحقوق.

فصل

وإنما فرقنا بين الرباع وغيرها من الأموال لأن الرباع مأمونة لا يخاف عليها فاستحسن مالك رحمه الله التوقف عن الحكم فيها مع الغيبة[5]، وأن لا يعجل بذلك إلى أن يقدم

(١) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (٣/١١٩)، انظر الاختيار للموصلي (٢/١١٥).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريج هذا الأثر.

(٤) ثبت في (أ) غيبة.

(٥) ثبت في (أ) الغيب.

الغائب فيذكر حجة إن كانت له ويحكم عليه بما لا يحتاج إلى نقض بعده، وعنه رواية أخرى أنه لا فرق بين الرباع وسائر الأموال فى وجوب القضاء على الغائب.

فصل

حكم الحاكم لا يغير الشيء عن باطنه عما هوعليه ولا يحيله عن حقيقته، ولا فرق فى ذلك بين ما يملك الحاكم ابتداؤه وبين ما لا يملكه فى أن حكمه إذا كان عن سبب غير صحيح لم ينفذ فى الباطن، ومثال ذلك أن يدعى رجل على أجنبية أنها زوجته ويقيم على ذلك شاهدى زور فيشهدان فيحكم الحاكم بشهادتهما هذا حكم لا يصح فى الباطن ولا يحل المرأة له فإن وطئها مع علمه فهو زان، وكذلك لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها ثلاثًا وشهد بذلك شاهدا زور فحكم الحاكم بالفرقة فإنها لا تطلق عندنا وتكون المرأة على حالها ولا يجوز لها أن تزوج بذلك الحكم ولا لأحد الشاهدين أن يتزوجها هذا وما أشبه من نظائره، وقال أبو حنيفة فى هذه المسائل إن حكم الحاكم يزيل الشيء عن حقيقته فى الباطن[1].

ففى المسألة الأولى إذا حكم له الحاكم بالزوجية جاز له أن يطأها وتصير زوجته عند الله تعالى، وقال فى المسألة الثانية أنها تصير مطلقة بحكم الحاكم بشهادة الزور بطلاقها ويجوز لها أن تتزوج ويجوز لأحد شاهدى الزور أن يتزوجها وهو يعلم أن الزوج لم يطلقها، وإن حكم الحاكم بطلاقها إنما كان عن شهادة الكذب، وقال فى نوع آخر وهو أن يدعى على ذات محرم أنها زوجته وشهد له بذلك شاهدا زور أن الحكم لا ينفذ فى الباطن ولا تكون زوجته، وكذلك إذا أقام شاهدى زور فى دعوى مال[2] فحكم له الحاكم فإنه لا ينفذ، وفصلوا بين الموضعين بأن لكل موضع جاز أن يكون للحاكم فى ابتداء فعله ولاية نفذ حكمه فيه ظاهرًا وباطنًا، وكل موضع لا ولاية له فى ابتداء فعله لم ينفذ حكمه إلا فى الظاهر دون الباطن قالوا فالأول مثل ما قدمناه فى ادعاء الزوجية والطلاق وإنما نفذ حكمه فى الظاهر والباطن لأن للحاكم ولاية عقد النكاح وفى أن

(١) قال الشيخ المرغينانى: وكل شيء قضى به القاضى فى الظاهر بتحريم فهو فى الباطن كذلك وكذا إذا قضى بإحلال وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين. انظر الهداية للمرغينانى (٣/١١٩)، وخالفه فى هذه المسألة أبو يوسف ومحمد وقالا: لا ينفذ باطنًا. وروى عن أبى حنيفة: أنه لا ينفذ فيهما. انظر الاختيار للموصلى (٢/١١٦, ١١٧).

(٢) ثبت فى (أ) الحاكم.

يطلق على غيره، ومثال الثانى ادعاد زوجية ذوات المحارم وادعاء مال لأن الحاكم لا ولاية له فى تزويج ذوات المحارم[١] ولا فى نقل الأموال وكذلك لو ادعى رجل على أنه قتل وليًا له وأقام شاهدى زور فحكم الحاكم بالقود لم يكن للمحكوم له أن يقتل لأن الحاكم ليس له أن يبتدئ القتل.

فدليلنا قوله عز وجل: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] فحرم المحصنة وهى التى لها زوج إلا أن يملك الكوافر[٢] بالسبى، وعند المخالف أن التى لها زوج تحل متى حكم الحاكم بشهادة زور أنها قد طلقت أو أن يقيم شهادة زور بتزويجه إياها، وقوله عز وجل: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله﴾ [البقرة: ٢٣٠] فعم، وعندهم أنها لا تحل[٣] له أن يراجع نكاحها وإن لم يطلقها إذا حكم[٤] الحاكم بشهادة زور أنه طلقها، وقوله ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلىَّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أستمع فمن قضيت له بشىء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»[٥]، وهذا صريح[٦] بأن حكمه بها ليس بجائز للمحكوم له ولا يحل له بسبب غير صحيح فى الباطن فلم ينفذ الحكم له فى الباطن، كادعاء زوجية ذوات المحارم والحكم بالمال، ولأنه حكم بشهادة زور فلم ينفد فى الباطن كالمال، ولأن كل شاهدين لو علم الحاكم بحالهما لم [يجز له الحكم بشهادتهما فإذا حكم فيها مع الجهل بحالهما لم ينفذ][٧] حكمه فى الباطن كالكافرين والعبدين.

---

(١) ثبت فى (أ) ذوات المحرم.

(٢) ثبت فى (أ) كالكوافر.

(٣) ثبت فى(ب) أنها تحل.

(٤) ثبت فى (ب) إذا شهد.

(٥) أخرجه البخارى فى المظالم (٥/١٢٨) ح (٢٤٥٨)، ومسلم فى الأقضية (٣/١٣٣٧) ح (٤/١٧١٣).

(٦) ثبت فى (ب) تصريح.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

العدالة معتبرة فى الشهادة[(١)] وشرط فى قبولها والحكم بها، والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [الطلاق:٢] وقوله ﷺ: «فإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا»[(٢)]، وللاتفاق على أن شهادة الفاسق غير مقبولة، وقوله ﷺ لهلال بن أمية: «ألا أن يجلد هلال بن أمية ويبطل شهادته فى المسلمين»[(٣)] يريد بخروجه عن العدالة بثبوت قذفه، ولا خلاف فى ذلك[(٤)].

فصل

لا يجوز للحاكم أن يكتفى من العدالة بظاهر الإسلام دون البحث عن حالها والسؤال عن طرائقها والعلم بعدالتهما، وقال أبو حنيفة يكفيه ظاهر إسلامها ويحكم بشهادتهما ولا يلزمه البحث عن عدالتهما إلا أن يجرحهما الخصم[(٥)]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [الطلاق:٢] يعنى من المسلمين فعلم أن العدالة معنى زائد على العلم بالإسلام، وقوله ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] والرضا لا يكون إلا بعد البحث عن حاله[(٦)] ولا يكفى فى ذلك العلم بصحة اعتقاده لأن [أفعاله قد تكون مخالفة لما يوجب اعتقاده][(٧)]، وروى عن عمر رضى الله عنه أن رجلين شهدا

---

(١) الشهادة فى اللغة: خبر قاطع وقد شهد كعلم وشهده كسمعه شهوداً حضره فهو شاهد والجمع شُهود وشُهَّدٌ وشَهِدَ لزيد بكذا أدى ما عنده من الشهادة. انظر القاموس المحيط (١/ ٣٠٥).
وفى الاصطلاح هو: قَول هُوَ بحيث يُوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عُدِّل قائله مع تعدده أو حلف طالبه. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٨٢).
وقال الشيخ أحمد الدردير: الشهادة إخبار حاكم عن علم ليقضى بمقتضاه. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٦٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٧٤)، انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٣).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (٣/ ١٣١). وقال أبو يوسف ومحمد: يسأل عنهم فى جميع الحقوق سراً وعلانية. انظر لاختيار للموصلى (٢/ ١٩٠).

(٦) ثبت فى (أ) عن ذلك.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

عنده فقال: لا أعرفكما ولا يضركما ألا أعرفكما جيئانى برجل يعرفكما فجاءاه برجل فقال أتعرفهما قال: نعم، قال: أكنت معهما فى السفر الذى يكشف أخلاق الناس قال: لا، قال: أفأنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما، قال: لا، قال: أعاملتهما بالدنانير والدراهم التى تتقطع بهما الأرحام، قال: لا، قال يا ابن أخى ما تعرفهما جيئانى بمن يعرفكما[1]، وهذا قوله بحضرة المهاجرين والأنصار والصحابة ولم ينقل عن أحد خلافه، ولأن العدالة أمر مشروط فى الشهادة يمكن اعتبار باطنه فلم يجز أن يحكم بظاهره، أصله دار الإسلام لأن ظاهر الدار الإسلام، ولأنها شهادة يتعلق بها حكم الحاكم فلا يكتفى فيها بظاهر الإسلام، أصله إذا كان فى قتل أو حد.

فصل

صفة العدل الجائز الشهادة: أن يكون بالغًا عاقلاً حراً مسلمًا ثقة أمينًا غير فاسق بفجور ولا كذب متيقظًا غير غافل فطنًا ضابطًا عارفًا بالشهادات وصفة تحملها التى يجوز معها إقامتها متحرزاً من الحيل التى تنم على من قل تيقظه[2] من الشهود بعيداً عن التهمة بالشره ودناءة النفس، حافظًا لمروءته ليس بينه وبين المشهود له أو عليه التهمة معه من محبة إيصال نفع إليه أو دفع ضرر عنه أو ضد ذلك من إلحاق ضرر به ولا فى الشهادة بذلك النوع المشهود فيه ما يوجب من التهمة ما قدمناه.

والتهمة المراعاة فى الشهادات تكون فى ثلاثة مواضع: فى المشهود له والمشهود عليه والشىء المشهود به، وتفصيل هذه الجملة: أن الولد لا تقبل شهادته لوالديه ولا لأجداده وجداته من قرب منهم أو بعد وكذلك الوالدان والأجداد للولد وولد الولد وإن سفلوا ذكورهم وإناثهم الوارث منهم وغير الوارث، وكذلك شهادة أحد الزوجين لصاحبه، والسيد لعبده، وشهادة من له دين على مفلس بحق له على آخر، وشهادة الوصى لمن يلى عليه، وفى شهادته عليهم روايتان: إحداهما الجواز والأخرى المنع، ومن عدا الوالدين والمولودين من سائر القربات جائز شهادتهم لأقاربهم كالأخ والعم [وولدهم][3] إلا أن تعرض تهمة من دفع عار أو إثبات ولاء للشاهد أو نسب أو أن يكون فى عياله أو تناله صلته أو معروفه وما أشبه فيمنع فيه دون سائر الحقوق.

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٣٣٣) ح (٢٠٨٣٠).
(٢) ثبت فى (أ) تحفظه.
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

ولا تقبل شهادة الصديق الملاطف ولا السؤَّال المتكففين للناس.

وأما التهـمة فى المشهود عليه فشـهادة العدو على عدوه، والشهادة بجـرح من شهد على أبيه[١] وأخيه أو ببعض من لا تجوز له شهـادته كجد فإن هذا يتهم بدفع العار عنهم بشهادته. وشهـادة الخصم لا تقبل، مثل أن يشهد بجرح من يشـهد عليه بزنا أو قتل أو حق سائر الحقوق، وكل من منع الشهادة له فشـهادته عليه جائزة مقبولة[٢] وكل من لم تقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة.

وأما التهمة فى الشهادة والشيء المشهـود به فمثل شهادة البدوى على الحضرى[٣] فى الحقوق الممكن الإشهاد عليها فى الحضر دون القتل والجراح ومما لا يمكن تعمد الإشهاد عليه ومثل شهادة ولد الزنا وشبهه، وفى شهادة التائب من كبيرة كان عليها أو تاب منها خلاف بين أصـحابنا هل يقبـل فى ذلك النوع أم لا، ومثل شهـادة الكافر بعد إسـلامه والصبى بعد بلوغه والفاسق بعـد عدالته والعبد بعد عتقه فيـما كانوا يشهدون به فردت شهادتهم فيه [لأنهم يتهمون على دفع العار عنهم بقبول ما ردت شهادتهم فيه][٤].

وإذا جمعت الشهادة ما فيه التهمة وما لا تهمة فيه ردت فى الجميع ولم تقبل فيما لا تهمة فيـه، وإن جمعت بين ما ترد لغيره التـهمة وبين ما لا ترد فيه قـبلت فيما لا ترد وردت فيما لا تقبل فيه، ومثال الأول: أن يشهد بشهادة لنفسه ولأجنبى، أو يشهد اثنان كل واحد منهما لصاحبه بكـتاب واحد أو يشهد بحق واحد لأبيه[٥] ولأجنبى فلا تقبل فى الجمـيع، وإذا شهد بالوصيـة له فيهـا شيء فإن كان ذا بال لم تقبل أصـلاً وإن كان يسيراً لا خطب له ولا تسبق التهمة إليه أن يكون شهد لأجلها فيها ثلاث روايات:

إحداها قبول الشهادة فى الجميع[٦]، والأخرى ردها فى الجميع[٧] والثالثة ردها فيما له

---

(١) ثبت فى (ب) ابنه.

(٢) ثبت فى (ب) غير مقبولة.

(٣) ثبت فى (أ) القروى.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) لابنه.

(٦) ذكره ابن عبـد البر قولاً ثانيًا. وقال: إنـها جائزة فى الوصية كـلها إذا كان ما أُوصى له به فـيها يسيـراً. واقتصـر الشيخ الدردير على هذا القـول. انظر الكافى لابن عبـد البر (٢/ ٨٩٤)، انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ١٧٨).

(٧) ذكره ابن عبد البر وقدمه وقال: شهادته فـيها باطلة كلها شهد معه غيره أم لا. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٩٤).

بال وقبولها فيما ليس له بال[١]، ومثال الثانى أن يشهد النساء بوصية فيها مال وعتق أو يشهدان بطلاق ودين بشهادة واحدة فيقبلن فى الدين دون الطلاق وتقبل شهادة القاذف ما لم يجلد فإذا [جلد لم تقبل إلا أن يتوب وإذا تاب شاهد الزور وعرفت توبته قبلت شهادته][٢]، وقال عبد الملك إن كانت حاله فى الظاهر كحال مالك بن أنس والعمرى فلا تقبل شهادته من بعد لأنه لا يستطيع زيادة على ما كان يظهر منه، وإن كان دونهما جازت شهادته بعد توبته إذا ظهر منه من حسن الحال زيادة على ما كان يعرف منه.

فصل

أما اشتراط البلوغ فلأن العدالة من صفات التكليف فهى تتضمن البلوغ، وقد قال النبى ﷺ: [«رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبى حتى يحتلم»][٣]، والبلوغ مشترط فى كل الشهادات إلا فى موضع ضرورة خرج عن القياس فأجريت كشهادة من يعقل الشهادة من الصبيان فيه للضرورة[٤] على أوصاف نذكرها، ومنعت فى كل موضع سواه فلا يجب أن يعترض به على الأصل ونحن نبينه.

فصل

شهادة الصبيان تقبل فى الجراح والقتل على شروط تسعة[٥]:

أحدها: أن يكونوا ممن يعقلون الشهادة.

والثانى: أن يكونوا ذكوراً.

والثالث: أن يكونوا أحراراً.

والرابع: أن يكونوا مسلمين.

والخامس: أن يكون ذلك فى قتل أو جرح، وبعض أصحابنا يقول تكون فى الجراح

---

(١) ذكره ابن عبد البر. وقال: الثالث: أنها جائزة لغيره باطلة لحظ نفسه. ثم قال ابن عبد البر (هذا القول له حظ صحيح من النظر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٨٩٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٦٥).

(٥) انظر الموطأ (٢/٧٢٦)، انظر المدونة (٤/ ٨٠)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٠٨)، انظر الثمر الدانى (ص٦١١).

دون القتل.

والسادس: أن يكون ذلك فيما بينهم خاصة لا لصبى على بالغ ولا لبالغ على صبى.

والسابع: أن يكون ذلك قبل أن يفترقوا ويغيبوا.

والثامن: أن تتفق شهادتهم ولا تختل.

والتاسع: أن يكون من شهد منهم اثنان فصاعداً.

وعند أبى حنيفة[١] والشافعى: لا تقبل على وجه[٢] ونحن نتكلم على جواز قبولها فى الجملة ثم ندل على وجوب اعتبار ما ذكرناه من الشروط فيها.

فصل

ودليلنا على قبولها على الصفة المشترطة فيها أن ذلك إجماع الصحابه لأنه مروى عن على وابن الزبير ومعاوية رضى الله عنهم ولا مخالف لهم، وروى أن عليًا رضوان الله عليه كان يأخذ بأولى شهادة الصبيان، وروى مالك [عن هشام][٣] بن عروة عن أبيه أن ابن الزبير كان يجيز شهادة الصبيان فيما بينهم فى الجراح[٤]، وروى قتادة أن معاوية كان يجيز شهادة بعضهم على بعض ما لم يدخلوا البيوت فيعلموا[٥]، ولا مخالف لهم ولأن الضرورة تدعوا إلى قبولها لأنا لو لم نقبلها لأدى ذلك إلى أمور ممنوعة وذلك أنا قد ندبنا إلى تدريبهم[٦] على الحرب وتعليمهم الرمى والصراع واستعمال السلاح للحاجة إلى الجهاد وأن ذلك مما يجب أن يلزموا[٧] عليه وبالقوة من الصغر لينشأوا عليه ويألفوه ومعلوم أنه لابد أن يخلو بنفوسهم لما يتعاطونه[٨] من ذلك ولا سيما العرب فإن ذلك لها

(١) ذكره الشيخ منلاخسروا. انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ٣٧١)، انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٤٥٠).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازى، انظر المهذب (٢/ ٣٢٤)، انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٢٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٢٦) ح (٩).

(٥) أورده الشيخ ابن حزم فى المحلى (١٠/ ٦١٤).

(٦) ثبت فى (أ،هـ) تضر بهم.

(٧) ثبت فى (أ) يضربوا. وفى (هـ) أن يترابوا.

(٨) ثبت فى (أ) يتعاوضونه.

مع أولادها عادة قد طبعوا عليها ولو انتظر إلى أن يشهدوا[١] أمورهم كبيراً يكون معهم لضاق عليهم لأنه لهم عادة فى كل وقت ركوب الخيل وما جرى مجراه وهم من الجنس المحقون دماهم وكانت الجراح والدماء قد غلظ أمرها وشدد الأمر فى حفظها بما زادت[٢] على سائر الحقوق فقبلت فيها الأيمان مع اللوث وليس ذلك فى غيرها حياطة لها ومعلوم أنهم إذا اجتمعوا جاز أن يكون بينهم الجراح التى ربما أدت إلى القتال أو إلى ما دونه فلو لم تقبل شهادتهم لأدى إلى أشياء ممنوعة: إما إلى أن لا يجوز لهم التعليم إلى أن يبلغوا وذلك خلاف الإجماع، أو إلى ألا يمكنوا من الرمى ولا علاج بسيف أو رمح إلا إذا كان معهم شهود عدول وهذا أيضًا متعذر ومؤدى إلى أن يتعلموا إلى أن لا يفعلوا من ذلك ما يؤدى[٣] جراح فهذا أيضًا غير منضبط ولا متأت لهم أو إلى أن ذلك إن جرى أهدرت جراحهم ودماؤهم وهذا أيضًا خلاف الواجب لأنه لا يجوز لنا أن نبيح لهم[٤] ما يؤدى إلى هدر دمائهم وإضاعتها فلم يبق إلا ما قلناه وقد ألزمونا على هذا قبول شهادة العبيد وقد احترزنا منهم بأنهم يجب أن يكونوا من أهل الشهادة بعد البلوغ، وألزمونا اجتماع النساء فى الصنيع إذا جرى بينهم من الجراح فأجبنا على ذلك قل ما يقع وما يفعلونه[٥] من ذلك منهى عنه، والتزمه[٦] قوم من متأخرى أصحابنا، وألزمونا المال فأجبنا عنه بأن الدماء لها حرمة فاحتيط لها ما لم يحتط لغيرها.

فصل

فإذا ثبت وجوب قبولها فى الجملة فإنما راعينا اعتبار العقل لأن الغرض من قبول شهادتهم[٧] أن يؤدوا إلينا[٨] ما علموا من الحال الحادثة[٩] التى يشهدون بها وذلك لا يتأتى إلا من العاقل فكان شرطًا معتبراً فيها.

(١) ثبت فى (أ) أن تواسطوا.
(٢) ثبت فى (ب) زيدت.
(٣) ثبت فى (ب) ما لا يؤدى.
(٤) ثبت فى (أ) نبيحهم.
(٥) ثبت فى (ب) وما تعلق.
(٦) ثبت فى (أ) وألزمه.
(٧) ثبت فى (ب) الشهادة.
(٨) ثبت فى (أ) النساء.
(٩) ثبت فى (أ) الجارية.

فصل

وإنما شرطنا الذكورية لأن الإناث لا مدخل لهن فى إثبات الدماء، وقد روى عن مالك جواز قبول شهادة الإناث الأحرار، ووجه ذلك: اعتبارهن بالبالغين فى كونها لوثًا فى القسامة على إحدى الروايتين.

فصل

وإنما شرطنا الأحرار لأن العبيد لا مدخل بجنسهم فى الشهادة أصلاً ولا يلطخ بها فى دم.

فصل

وإنما شرطنا الإسلام لأن البالغين من الكفار لا تقبل شهادتهم فالأصاغر أولى.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ذلك فى جرح أو قتل لحرمة الدماء ووجوب حفظها وعدم الضرورة فى ذلك إلى غيرها، ووجه قول من يفرق بين الجراح والقتل من أصحابنا أن القتل أغلظ أمراً من الجراح بدليل أن القسامة فيه دون الجراح وشهادة الصبيان ضعيفة فوجب قصرها على أضعف الأمرين، والصحيح التسوية بينهما لأنها ليس الواجب بها قتل وإنما الواجب بها مال فلا معنى للتفريق بينهما.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ذلك قبل التفرق لأن الغالب من حالهم أن يخبرون بالصدق إذا بدهوا ويؤدون الأمر على ما جرى عليه وأنهم إذا تفرقوا غيبوا ولقنوا وتعلموا الكذب، وقد روى هذا المعنى عمن أجاز شهادتهم من الصحابة.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ما يؤدونه متفقًا لأن الغرض من قبول قولهم أن يغلب على الظن صدقهم فيما يخبرون بموضع اختلاف أقوالهم وتناقضها مما يغلب على الظن كذبهم وتعلمهم وإخبارهم عن الأمر بخلاف ما هو عليه فلم يقبل.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون عددهم اثنين لأن شهادة واحد غير مقبولة في البالغين ففى الأصاغر أولى، فإذا ثبت ما ذكرناه عدنا إلى تفصيل أصل المسألة.

فصل

وإنما شرطنا العقل لقوله تعالى: ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [يوسف:٨١]، وقوله ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] والمجنون غير مرضى ولاعلم له بما شهد به وقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: فذكر المجنون»[١] وذلك يفيد أنه لا حكم لقوله ولا خلاف في ذلك[٢].

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ذلك فيما بينهم لأن الكبير لا ضرورة به إلى مخالطة الصبيان فكان قولهم يسقط مع مشاهدة الكبار، ولأن القياس يمنع قبول شهادتهم وإنما أجيزت للضرورة فيجب قصرها على قدر ما دل عليه الدليل.

فصل

وإنما شرطنا الحرية، خلافًا لداود في قوله أن شهادة العبد مقبولة لسيده ولغيره[٣]، لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [الطلاق:٢] وهذه الإضافة تفيد الحرية دون الإسلام لأن غير المسلم ليس بعدل، ولأنه نوع نقص يمنع الميراث بينه وبين الأحرار فوجب أن يمنع قبول الشهادة كالكفر، ولأن الشهادة مبنية على التفاضل والكمال وكل ما هذه سبيله فلا مدخل للعبد فيه كالرجم.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن لا شهادة للمجنون في حال جنونه. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٢٧).

(٣) وهو رواية عند أحمد وروى ذلك عن على رضى الله عنه وأنس رضى الله عنه وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتى وأبو ثور وابن المنذر. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٧٠)، انظر حلية العلماء للشاشى (٣/ ١١٩٣).

فصل

وإنما شرطنا الإسلام خلافًا لأبـى حنيفة فى قوله إن شهادة الكفار مـقبولة على أهل ملتهم وعن سائر أنواع الكفر[١]، لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ ولا تخلو هذه الإضافة أن تكون إلى الدين أو الحـرية أو النسب وأى ذلك فالكافر لا مدخل له فيه والنسب غير معتبـر باتفاق، ولأن كل من لا تقبل شهادته على المسلمين لم تقبل على غيرهم كالفـاسق الملى، ولأنه فاسق بفعله كالملى[٢]، ولأن فـسق المسلم أدون منه وشهادته غير مقبولة فشهادة الكافر أولى.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون ثقة لأن ذلك من صفات العـدالة لأن الكذاب والخائن فاسقان غير عدلين ولا مرضيين فلم يجز قبول شهادتهما.

فصل

وإنما شرطنا الأمانة لأن ضدها الخيانة وذلك فسوق[٣] والخائن غير عدل ولا مرضى وإنما شرطنا نفى الفجور والكذب لأن ذلك من ضـروب الفسق الذى هى أبلغ ما يفسق به الفاسق ولا خلاف فى ذلك[٤].

فصل

وإنما شرطنا الضبط والفطـنة والتحرز لأنه ما لم يكن كذلك تمت عليـه حيلة الخصم فلا يؤمن أن يشـهد بالزور والكذب فإذا كان مـتحرزًا متـيقظًا[٥] أمن عليـه ذلك وأدى الشهادة سلـيمة مما يخاف عليه من الـزلة فيها، ولذلك أصل فى الشـهادات وهو جعل امرأتين بإزاء شهادة[٦] واحد من الرجال لأن الغالب من شأن النساء السهو وقلة التحصيل

---

(١) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٣٧) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٠٠).

(٢) ثبت فى (ب) الولى.

(٣) ثبت فى (ب) فسق.

(٤) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٢٩).

(٥) ثبت فى (أ) منتقظًا.

(٦) ثبت فى (ب) شاهد.

ولذلك قال ﷺ: «إنكن ناقصات عقل ودين»[١]، وذكر في نقصان العقل أن شهادة امرأتين مقام شهادة رجل فيتم عليها حيلة لا يؤمن معها أن تؤدى الشهادة على خلاف ما هى عليه فضممنا إليها أخرى لأن ذلك يبعد عن الجماعة ويؤمن فيها غالبًا وكل هذا يدل على وجوب ما رعيناه في الشهود.

فصل

وإنما شرطنا أن يكون عارفًا بالشهادات ووجه تحملها لأنه متى لم يكن كذلك لم يكن مرضيًا وقد شرط الله تعالى الرضا فى قبول الشهادة والجاهل ليس بمرضى، وليس يكفى فى ذلك أن يكون من أهل الدين دون أن يضاف إليه العلم لما يشهد به ومعرفة أداء الشهادات ولأنه إذا كان غير عارف بكيفية تحملها لم يؤمن أن يؤديها على الوجه الممنوع قبولها معه فلم يجز.

فصل

وإنما شرطنا بعده عن الشره ودناءة النفس[٢] لأنه إذا كان معروفًا بذلك سقطت مروءته وسبقت الظنة إليه وتسرع إليه التهم أنه إنما يشهد لشيء يعطى له وذلك قادح فى العدالة والدين مزيع[٣] الصدق والأمانة فوجب حسم الباب بانتفائه عن الشاهد.

فصل

وإنما شرطنا الحفظ للمروءة لأن من لا يحفظ مروءته ويراعيها ليس بمرضى، ولأنه إذا أهملها دل ذلك منه على إهماله دينه وقلة مراعاة ما يلزمه من حق الله ، وسبقت الظنة إليه وقدح ذلك فى عدالته، وإنما شرطنا نفى التهمة فى الجملة لقوله ﷺ : «لا تقبل شهادة خصم ، ولا ظنين[٤] ، ولا جار لنفسه»[٥]، وروى : «لا تقبل شهادة ذى

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) والدناءة.

(٣) ثبت فى (أ) مؤمن وفى (ب) موقع.

(٤) قال الشيخ الأبى: الظنين هو المتهم فى دينه بارتكاب أمر لا يجوز شرعًا. انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٨).

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٢٠) ح (٤)، والبيهقى فى الكبرى (١٠/ ٣٣٩) ح (٢٠٨٦٠)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال هو حديث منقطع. انظر تلخيص الحبير (٤/ ٢٢٣).

ظنة»[١]، ولأن ذلك لو جاز[٢] لقبلت شهادة الإنسان لنفـ[illegible]ـج إلى غيره فإذا كان غيره يتهم له جرى مجرى شهادته لنفسه.

فصل

ونتكلم على التفصيل لهذه الجملة على مـا قدمناه، وإنما منعنا من قبول شهادة الولد لوالديه وشهادتهما لـه خلافًا لداود وغيره فى إجازته ذلك[٣] لقوله ﷺ «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[٤] والظنة موجوده هاهنا لأنه معلوم بالطبائع[٥] أن الابن يحب نفع أبيه والأب يحب إيصال المنفعة إلى ابنه ورفع الضرر عنه ويؤثر ذلك على منفعة نفسه فضلاً من غيره فربما دعاه ذلك إلى أن يشهد له فى الزور ويركب كل محظور فى تخليصه من ضـرر يقع فيـه أو إيصـال نفع إليـه، [وقد قـال تعـالى: ﴿وأصلـح لى فى ذريتى﴾ [الأحقاف: ١٥]][٦] وقد قال ﷺ: «فاطمة بضعة منى يريبنى ما يريبها»[٧].

فصل

وإنما أجرينا سائر الوالدين والمولودين من بعد منهم مجرى من قرب للاتفاق على ألا فرق بينهـما فى ذلك لأن عـمود الولادة يجمـعهم، ولأن التهـمة قـائمة فى الجنس لا تخصص ببعض منه وإن كانت فى الأقرب[٨] أكثر.

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكـبرى (١٠/ ٣٣٩) ح (٢٠٨٥٨)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٩٩). وقال: صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبى.

(٢) ثبت فى (أ) لوكان.

(٣) روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن شـهادة كل واحد منهما للآخر مـقبولة وروى ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عـبد العزيز وأبو ثور والمزنى وداود وإسحاق وابن المنذر. وحكاه ابن القاضى عن الشافعى فى القديم. وروى عن أحمد بن حنبل أنه تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٦٥)، انظر حلية العلماء للشاشى (٣/ ١١٩٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ثبت فى (ب) بالطباع.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) أخرجـه البـخارى فى فـضائل الصـحابة (٧/ ٩٧) ح (٣٧١٤)، ومـسلم فى فضـائل الصحـابة (٤/ ١٩٠٢) ح (٩٣/ ٢٤٤٩).

(٨) ثبت فى (ب) الأقارب.

فصل

وإنما منعنا [من قبول][١] شهادة أحد الزوجين للآخر خلافًا للشافعي[٢] لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[٣] والظنين المتهم والتهمة حاصلة بين الزوجين فى غالب الطباع ودليل ذلك الشرع والعادة، أما الشرع فقوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾ [الروم:٢١] فأخبر تبارك وتعالى أن الزوجية سبب لسكون نفس كل واحد منهما إلى الآخر وأنه طبعهم على التحابب[٤] والتودد والحنو[٥] والرأفة[٦] ونبه على تأكيد ذلك بقوله: ﴿خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسكنوا إليها﴾ [الروم:١٤] وقوله: ﴿إن من أزواجكم وأولادكم عدواً لكم﴾ [التغابن:٢١] فجعل هذين الجنسين غاية ومثلاً يستطرف وقوع العداوة من مثلهما لأنهما الغاية فى المحبة والعطف التى لا زيادة فوقها فدل ذلك على قوة التهمة وتأكدها، وأما العادة فالعلم بأن الإنسان يحب نفع زوجته ويهوى هواها[٧] ويكره ضررها حتى أنه يغضب لها أهله وأقاربه وينتفع بمالها ويتبسط فيه ويتجمل به وأنه ينتهى فى محبتها والميل إليها إلى حد تقوى معه التهمة، وإذا صح ذلك كانت هذه التهمة مانعة من قبول شهادة أحدهما للآخر كالأب والابن ونحوه قياسًا فنقول لأنها شهادة تقوى التهمة وأسبابها من الشاهد والمشهود له فكانت مردودة، أصله شهادة الأب لابنه، ولأنها شهادة يجر بها الشاهد نفعًا إلى نفسه فلم تقبل كشهادته لنفسه ولغريمه.

فصل

وأما شهادة السيد لعبده فإنها أدخل فى المنع من جميع ما ذكرناه، لأن التهمة قائمة

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٢/ ٣٣٠). وقال الإمام النووى: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر على الأظهر وقيل: قطعًا وفى قول: لا تقبل. وفى قول: شهادة الزوج لها دون عكسه. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٢٣٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (ب) التجبب.

(٥) ثبت فى (ب) الحنة.

(٦) ثبت فى (ب) الرفة.

(٧) ثبت فى (أ) يهواها.

فيها إن شهد فيها بغير مال على مثل تزويج أو رجعة أو ما أشبه ذلك، وإن شهد بمال كانت شهادته لنفسه لأنه يملك عبده وماله.

فصل

فأما شهادة الغريم لغريمة المفلس فلأنه متهم فيه أيضًا أن يكون إنما شهد له أن يصل المال إليه فيكون كأنه شهد لنفسه فلم يقبل، ولأنه خصم وقد قال ﷺ «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»(١).

فصل

وإنما منعنا شهادة الوصي لمن يلي عليه(٢) لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا وهو جواز تصرفه في المال وكونه في قبضه لحق ولايته، ووجه قوله إن شهادته عليهم تقبل لانتفاء التهمة عنهم فيها بخلاف الشهادة لهم لأنه يخرج عن يده ما لا يقطع حق ولايته فيه، ولأن كل من لم تقبل شهادة إنسان له قبلت عليه كالأب والابن، ووجه قوله إنها لا تقبل اعتباراً بالشهادة لهم لأنها شهادة في حق لوليه(٣) بولاية لأن التهمة قائمة في الموضعين لأنهم(٤) يخرج عنهم مالاً بقوله ولزمه بحق الولاية حفظه.

فصل

وإنما أجزنا شهادة سائر القرابة عدا من ذكرنا لأن التهمة تضعف فيها ولا تقوى قوتها في الولادة والزوجية وإنما منعناها إذا كان في عيال من يشهد له لأن التهمة تقوى فيها فيمتنع قبولها، وكذلك في دفع العار مثل أن يقذف أخوه رجلاً ويشهد هو وثلاثة على المقذوف بأنه زنى فلا يقبل لأنه بشهادته يدفع العار عن أخيه لأن عاره ينجر إليه، وكذلك لو قذف أخاه رجل وأتى بأربعة شهداء أنه زنى ثم شهد هذا الأخ بجرحهم(٥) [فلا يقبل لأنه متهم بالجرح](٦) أن يريد دفع العار عن أخيه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٩٤)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٧٨).

(٣) ثبت في (أ) تولية.

(٤) ثبت في (ب) لأنه.

(٥) ثبت في (ب) بالجرح.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

وإنما منعنا قبول شهادة الصديق الملاطف إذا كانت تناله الصله والمعروف خلافًا لأبى حنيفة والشافعى[١] لقوة التهمة لأنه معلوم أنه من بينه وبين غيره صداقة ومودة فإنه يبره ويصله وأنه يحب جر النفع إليه ودفع الضرر عنه فردت شهادته له وعلى نحو من ذلك شهادة السؤَّال بل الرد[٢] فيهم أولى لأن الصدقة قد يكون معها البر وقد لا يكون والسؤَّال أمرهم مبنى على التماس البر من أدنى وجوهه.

فصل

ولمثل ذلك منعنا شهادة العدو على عدوه خلافًا لأبى حنيفة[٣] لأن الطباع تقضى أن العدو يحب ضرر عدوه وإذايته ويتهم بإدخال الضرر عليه بشهادته عليه فمنعناها لأجل ذلك كما منعناه فى الصديق لقضائها بضد ما تقضى به فى العدو والتهمة قائمة فى الموضعين.

وتحريره أن يقال بأن بينهما تهمة غالبة فى الطباع فكانت مؤثرة فى رد الشهادة كالتهمة بين الأب والابن على أن نص الخبر شاهد لنا وهو قوله ﷺ «لاتقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى غمر على أخيه»[٤].

فصل

وإنما منعنا قبول شهادته لجرح من شهد عليه بحق أو حد لأنه خصم فى ذلك وقد قال ﷺ «لا تقبل شهادة خصم»[٥].

---

(١) ذكره الشيخ زكريا الأنصارى. انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٣٨٤)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٣٥)، حلية العلماء للشاشى (٣/ ١١٩٦).

(٢) ثبت فى (أ) البر.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. وقال: ولا تقبل شهادة العدو إن كانت العداوة بسبب الدنيا وتقبل إن كانت بسبب الدين. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٩٩)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ٣٧٦).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

فصل

وإنما قلنا من منع شهادته [له قبلت عليه، ومن منع شهادته عليه قبلت له][١] لأن التهمة توجد في أحد الموضعين وتنتفي من الآخر فحيث توجد منعناها وحيث تنتفي نجيزها لأنها هي العلة المؤثرة.

فصل

وإنما منعنا شهادة البدوي على القروي في الحقوق التي يمكن التوثق فيها بإشهاد الحاضر[٢] خلافًا لأبي حنيفة والشافعي[٣]، لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة بدوي على قروي»[٤] وروي «على صاحب قرية»[٥] ولأن التهمة تقوى في هذه الشهادة لأن الناس لا يتركون التوثق بإشهاد جيرانهم وأهل بلدهم ويستشهدون بالأباعد وأهل البدو[٦] إلا لريبة يعلمون معها أن الشهود من الحضر لا يشهدون في ذلك فيعدلون إلى من لا يعرفه، ولذلك قلنا إنها تقبل في الجراح وفيما يتفق من الحقوق في البادية التي يخاف فواتها والتجاحد إن وقف عليها إلى الحصول في الحضر لانتفاء التهمة فيها.

فصل

وإنما قلنا إن شهادة ولد الزنا لا تقبل في الزنا خلافًا لأبي حنيفة[٧] والشافعي[٨]، لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[٩] والظنة هاهنا موجودة لأنه يحب أن

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت في (أ) الحاضرة.

(٣) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٤٥)، وذكره الشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي. انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥٧٩).

(٤) أخرجه أبو داود في الأقضية (٣/ ٣٠٥) ح (٣٦٠٢)، وابن ماجه في الأحكام (٢/ ٧٩٣) ح (٢٣٦٧)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٤٢٢) ح (٢١١٨٢)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٩٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت في (ب) البلد.

(٧) ذكره الشيخ المرغيناني. انظر الهداية (٣/ ١٣٨)، انظر الاختيار للموصلي (٢/ ٢٠١)، الفتاوى الهندية (٣/ ٤٦٩).

(٨) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٤٥)، انظر حلية العلماء (٣/ ١١٩٤).

(٩) تقدم تخريجه.

يكون غيره مشاركًا له المعرة، والعادة تقضى بذلك لأن كل معرور بأمر لا يفارقه يحب أن يكون غيره مثله[١] ولو أمكنه لا يبقى أحد إلا يكون مثل حاله لأحب ذلك لئلا ينفرد بالعار فيكون فى مشاركة غيره له سلوة وقد نبه الله تعالى على هذا المعنى بقوله: ﴿ولن ينفعكم اليوم إذا ظلمتم أنكم فى العذاب مشتركون﴾ [الزخرف:٣٩] معناه لما كنتم تعتقدون فى الدنيا من المشاركة فى الشدة يحدث معها السلوة لمن هو فيها غير خالصة[٢] لكم، ونحو ذلك روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال: ودت الزانية أن النساء كلهن زنين[٣]، فأخبر أن ذلك طبع فى الناس أن المعرور يحب أن يشاركه كل واحد فى معرته ليقل من يعيره بذلك وإذا صح قوة التهمة فى هذه الشهادة بما ذكرناه وجب ردها.

فصل

وأما من كان على كبيرة مثل الزنا وشرب الخمر[٤] وغيره فتاب منها، فوجه القول أن شهادته لا تقبل فى مثل ذلك الشىء اعتباره بمسألتنا بعلة أنه معنى يلحق به العار فاتهم بمشاركة غيره له فى المعرة، ووجه القول بأنها تقبل أن معرة هذه الأشياء تزول بالتوبة منها كالكافر يسلم ويفارق ولد الزنا لأن معرته لا تزول فالتهمة لا تفارقه.

فصل

وإنما قلنا فى الفاسق والكافر والصبى والعبد: إنهم إذا شهدوا بشهادة فردت ثم شهدوا بها بعد زوال العلل المانعة من قبول شهادتهم أنها لا تقبل خلافًا لأبى حنيفة[٥] والشافعى[٦] فيما عدا الفاسق للتهمة منهم أن يكونوا إنما شهدوا بها ليزول عنهم العار[٧]

---

(١) ثبت فى (ب) مشاركًا له.

(٢) ثبت فى (أ) خاصلة.

(٣) ذكره ابن قدامة فى المغنى، وقال: قال ابن المنذر ما احتجوا به غلط من وجوه: منها أننى لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتًا عنه وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتًا عنه وغير جائز أن يطلق عثمان كلامًا بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٧٣).

(٤) ثبت فى (ب) والشرب.

(٥) قال الشيخ الموصلى: والمعتبر حال الشاهد وقت الأداء لا وقت التحمل لأن العمل بها والإلزام حالة الأداء فتعتبر الأهلية والولاية عنده. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٠١)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٦/ ٢٧٠)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٣٥).

(٦) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٤٥)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٣٨).

(٧) ثبت فى (ب) العادة.

بردها، واعتباراً بالفاسق لأنهم موصوفون بنقص ينافى العدالة فوجب إذا شهدوا حال وجود هذا النقص ثم زال أنهم إذا أعادوها لا تقبل كالفاسق.

فصل

وإنما فرقنا بين أن تجمع الشهادة ما فيه التهمة وبين ما لا تهمة فيه أنه يرد الجميع وبين أن تجمع أنواعها تقبل شهادة ذلك[١] فى بعضها ولا تقبل فى البعض فقبلناها فيما تقبل فيه لأن فى المسألة الأولى تقوى التهمة أن يكون إنما شهد بما لا يتهم فيه ليقبل فيما يتهم فيه وذلك كما يشهد لابنه ولأجنبى بحق فإنما شهد للأجنبى لأنها إذا قبلت فى حقه قبلت فى حق ابنه فردت فى الجميع، وفى المسألة الأخرى لا تهمة فيه فوجب قبولها.

فصل

والصحيح من الروايات فيمن شهد فى وصية[٢] له فيها شىء ألا تقبل شهادته لا فى حقه ولا فى حق غيره لأن مع التهمة لا تتبعض الشهادة على ما ذكرناه.

فصل

وإنما قلنا إن شهادة القاذف تقبل ما لم يجلد لأنه على العدالة لا يثبت فسقه إلا بأن يثبت عليه البينة فيجلد، فإذا جلد ثبت فسقه فلم تقبل شهادته لقوله عز وجل: **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾** [النور:٤] وإنما أجزنا شهادته بعد التوبة خلافًا لأبى حنيفة[٣] لقوله تعالى: **﴿إلا الذين تابوا﴾** [النور:٥]، ولأن كل من ردت شهادته لفسق قبلت عند زوال فسقه اعتباراً بالزانى والسارق.

(١) ثبت فى (ب) ذلك الشاهد.

(٢) ثبت فى (أ) وصيته.

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. وقال: لا تقبل شهادة القاذف وإن تاب لأنه من كمال الحد. انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٣٥)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٩٧).

فصل

وإنما قلنا فى شاهد الزور: إن شهادته تقبل إذا تاب[1] لأن فسقه يزول بالتوبة فأشبه شارب الخمر وغيره من الفساق إذا تابوا، وعبد الملك أجراه مجرى الزنديق لأنه إذا كان فى الظاهر كمالك بن أنس والعمرى فإنه لا يوصل إلى توبته وإلى العلم بها لأنه لا يقدر أن يزيد على ما كان عليه وقد كان بتلك الصفة وهو فاسق فشكل حاله.

(١) ذكره ابن عبد البر قولاً بصيغة التضعيف وقال: وقد قيل: إنها تقبل إذا علمت توبته وصحت إنابته ورجعته وازداد خيراً فى حاله وقدم عليه أن شاهد الزور لا تقبل شهادته أبداً إذا كان ظاهر الصلاح والعدالة وصح عليه الزور فى تلك الحال. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٩٨).

باب

القدر الذى يلزم فى التزكية: أن يشهد الشاهدان لمن يزكيانه أنه عدل رضى ولا يكفى أحد الوصفين عن الآخر ولا يكفى من ذلك أن يقول لا أعلم له زلة ولا جريمة[(١)] ولا أعلم إلا خيراً وإنى لأرضى به لىَّ وعلىَّ، وإنما قلنا لا بد من وصفه بالعدالة والرضا[(٢)] لأن الله تعالى شرطهما فى قبول الشهادة وقال: ﴿**وأشهدوا ذوى عدل منكم**﴾ [الطلاق:٢] وقال: ﴿**ممن ترضون من الشهداء**﴾ [البقرة:٢٨٢] ومعنى العدالة[(٣)]: هو الاستواء والاستقامة ولذلك تنتفى الشهادة مع التهمة والغفلة وغيرهما لأن أحوال الشاهد غير مستقيمة معهما.

وإنما قلنا إنه لا يجزى من ذلك أن يقول لا أعلم إلا خيراً أو لا أعلم له زلة لأن ذلك شهادة بنفى[(٤)] فلا يستفاد بها شىء، ولأن التزكية فى العدالة إثبات عدالة الشاهد والإخبار عما لا يعلمه الحاكم منه، فإذا قال لا أعلم له زلة ولا أعلم إلا خيراً كان بمنزلة الحاكم لأن الحاكم أيضًا لا يعلم له زلة، وقد يعلم منه الخير والتدين ولكن لا يعلم هل هو ممن يصلح للشهادة أم لا، وأما قوله إنى رضى به لىَّ وعلىَّ فليس بتزكية أيضًا لأنه قد يرضى بغير العدل وبالمغفل[(٥)] والمتهم لغرض له وقد لا يرضى العدل المرضى على حسب اختياره فليس على رضا الإنسان لأموره غمار فلم يكن قوله هذا مؤثرًا فى التزكية.

---

(١) ثبت فى (ب) خزية.

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ١٧٠)، انظر الثمر الدانى (ص ٦١١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٠٠).

(٣) ثبت فى (ب) العدل.

والعدل فى العرف: هو حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق وحجر وبدعة وإن تأول لم يباشر كبيرة أو كثير كذب أو صغيرة خسة وسفاهة. وغير ذلك من الأمور المخلة بالمروءة. انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٤/ ١٦٥).

وقال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: العدالة: صفة مظنة لمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفًا ومعصية غير قليل الصغائر. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٨٨).

(٤) ثبت فى (أ) تتقى.

(٥) ثبت فى (ب) وبالمتغفل.

فصل

ومن عرفه القاضى بالعدالة والرضا قبل شهادته ولم يحتج إلى أن يشهد عنده بتزكية، وكذلك المشتهر بالصلاح والدين لأن الغرض بالتزكية أن يعلم الحاكم أنه من أهل الشهادة فإذا عرف منه أغناه عن التزكية، وليس ذلك حكمًا بالعلم لأنه أمر يظهر ولا يخفى أعنى العدالة والفسق، ولأنه قد يتوقف عن قبول شهادته ويقبله غيره من الحكام ولو كان حكمًا لم يجز نقضه، وإذا كان الحاكم لا يعرفه لم يثبت عدالته إلا بشهادة عدلين وبأن يعلمه صاحب مسائله بما عرف من حديثه لأنه خليفته وقائم فى التزكية والجرح مقامه، والتعديل الذى يكون شهادة لا يكون إلا باثنين[1].

فصل

إذا عدَّل رجلان رجلاً وجرَّحه آخران ففيها روايتان[2]: إحداهما أن ينظر إلى أعدل البينتين فيؤخذ بها، والأخرى أن شهادة الجرح أولى من التعديل.

فوجه الأولى تعارض البينتين فى أمر طريقه الاجتهاد فوجب الحكم بأعدلهما، أصله فى الأموال، ووجه الثانية أن الجرح يخفى ولا يظهر فالشاهدان به عرفا من حال المجروح ما خفى عن المعدِّلين فكانت شهادتهما أولى، ولأن ذلك كالخبرين الحاظر والمبيح إذا تعارضا أن الحاظر أولى.

---

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٨٩٩)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٧٠, ١٨١).

(٢) قال ابن عبد البر فى الكافى: إذا عدَّل الرجلان رجلاً وجرَّحه رجلان آخران حكم بأعدلهما فإن تكافئا فى العدالة وكانت الجرحة مما تخفى فالشهادة بها أولى ويحتاج الحاكم أن يكشفهما عن الجرحة ما هى وقال مالك: ويقول لهما القاضى: بم تجرحانه لينظر فى ذلك فلعلها لا تكون عنده جرحة ويلزمه أن يوقعهما على تاريخ علمهما بذلك لعله أن يكون قديمًا وقد صلحت حاله بعد. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٠٠)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/١٧١).

باب

تحمُّل[١] الشهادة فرض في الجملة، لقوله تعالى: ﴿تعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة:٢] وذلك من أفضل البر لأنه يتعلق به حفظ أموال الناس وحقوقهم وحقوق الله تعالى وإقامة حدوده، وقوله: ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله﴾ [النساء:١٣]، وقوله: ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة:٢٨٢] وذلك على عمومه في التحمُّل والأداء، وقوله تعالى: ﴿ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض﴾ [البقرة:٢٥١] قال سفيان بن عيينة: هو ما يدفع الله بالشهود من التجاحد والتظالم، وقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾ [الطلاق:٢].

فصل

إذا ثبت أن ذلك فرض في الجملة فإنه من فروض الكفايات إذا قام به البعض سقط عن الباقين فهو جارٍ مجرى غسل الميت ودفنه والصلاة عليه ومجرى الجهاد وغيره من فرائض[٢] الكفايات والدليل على ذلك[٣] أنها براءة للتوثق وحفظ الحقوق فإذا حصل هذا المعنى بالبعض سقط عن الباقين كما ذكرناه.

فصل

وإذا ثبت، فقد يتعين فرضها في بعض المواضع وقد لا يتعين: [فالمواضع التي يتعين][٤] أن يدعى الشاهد إلى تحمُّل الشهادة وهناك جماعة كبيرة ممن يتحملها فإنه يجب على اثنين منهم بغير أعيانهم فمن قام منهم بها سقط عن الباقين.

وأما المواضع التي يسقط فيها فهو أن يدعى إلى تحمل شهادة قد تحملها غيره فلا تلزمه الإجابة لأن الغرض قد سقط بمن قام بها وتحملها، وأما المواضع التي يتعين فيها

(١) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقي: التحمل عرفًا عِلم ما يشهدُ به بسبب اختياري ـ وقال الشيخ الرصاع: التحمل في اللغة يطلق على الالتزام. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٩٤).

(٢) ثبت في (ب) فروض.

(٣) ثبت في (ب) على أنها إنما تراد.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فرضها فمثل أن يدعى إلى تحملها وليس هناك غيره فتلزمه الإجابة وكذلك لو كان هناك من يتحملها إلا أنه يتعذر وجودهم أو يخاف بانتظارهم فوات الحادث مثل موت الموصى أو جحود المقر أو ما أشبه ذلك فتلزمه الإجابة وهذا إذا لم يكن له ما يعذر به فإن كان له عذر من مرض أو زمانة أو حق مثل ذلك الحق يخاف فوته وما أشبه ذلك من الأعذار لم[1] يلزمه.

فصل

فإذا ثبت تحملها على الوجه الذى ذكرناه، فأداؤها فرض أيضًا على الكفاية وحكمها حكم التحمل فى التعيين وغيره، فإن دعى إلى إقامتها وهناك من يقيمها غيره لم تلزمه الإجابة لأن المقصود من الأداء إثبات الحق عند الحاكم فإذا حصل المقصود سقط الغرض، وكذلك إن كان من يسقط الغرض به كالصلاة على الجنازة، وأما إن دعى ولم يكن قد أشهد سواه أو أشهدوا سواه ولكن تعذر إحضارهم لبعد أو غيبة أو موت أو مرض فإنه يتعين عليهما الحضور والأداء لأن فى امتناعهما إتلاف الحق وإضاعته، والدليل على وجوب الأداء فى الجملة قوله تعالى: ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ [الطلاق: ٢] وقوله عز وجل: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولا خلاف فى ذلك[2]، والله أعلم.

---

(١) ثبت فى (ب) فلا.

(٢) انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٢، ٣).

باب

البينة مرتبة بحسب الحقوق المشهود فيها والمحتاج إلى إقامتها وما هي عليه من التوسعة والتضييق والتخفيف والتثقيل وإمكان التوثق وتعذره على ما نبينه من بعد، والبيانات على اختلاف مراتبها في القوة والضعف لا تخرج من أقسام[1]:

أحدهما: أربعة شهود رجال بالغون.

والثاني: شاهدان رجلان.

والثالث: شاهد وامرأتان.

والرابع: شاهد ويمين المدعى.

[**والسادس:**شاهد المدعى ونكول المدعى عليه.

والسابع: امرأتان ونكول المدعى عليه][2].

والثامن: يمين المدعى ونكول المدعى عليه.

والتاسع: يمين المدعى مع قوة السبب.

والعاشر: امرأتان بانفرادهما.

والحادى عشر: شهادة الصبيان في الموضع الذى ذكرناه.

والثاني عشر: أيمان الأولياء في الدم مع اللوث.

والثالث عشر: شهادة السماع.

والرابع عشر: كتاب قاضٍ إلى قاضٍ.

والخامس عشر: معرفة العفاص والوكاء في اللقطة لأن ذلك كالبينة.

وربما أغفلنا شيئًا يجرى ما ذكرناه فنبينه بقدر ما أوردناه عليه.

---

(١) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٢٣, ٩٢٤)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٧, ٦٠٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١٨٥ ـ ١٨٨).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

فصل

الحقوق المشهود بها على ستة أضرب:

أحدها: أحكام تثبت فى البدن [ليست بمال ويطَّلع عليها الرجال على غالب الحال.

والثانى: أحكام تثبت بالبدن تتعلق بالمال.

والثالث:أحكام تثبت فى البدن لا يطَّلع عليه الرجال بل النساء كعيوبهن والولادة][(١)].

والرابع: شهادة على مال.

الخامس: شهادة على ما كان المقصود منه المال وهذا كالقسم الذى قبله وإن انفرد عنه.

السادس: ما يجمع القسمين من هذه الأقسام أو أكثر.

فإذا ثبت هذا فانقسام البينات على الحقوق على وجوه:

أحدها: ما لا مدخل فيه لشهادة النساء أصلاً ولا يقبل فيه إلا الرجال.

والآخر: ما يقبل فيه الرجال والنساء ولا يقبل فيه النساء بانفرادهن.

والثالث: ما تقبل فيه النساء بانفرادهن.

والرابع: ما يقبل فيه الرجل الواحد والمرأتان مع يمين المدّعى.

ثم بقية الأقسام على ما قدمناه.

فصل

أما الأحكام التى تثبت فى البدن ليست بمال ويطَّلع عليها الرجال فى غالب الحال كالزنا والقذف والقتل والنكاح والرجعة والطلاق، والإعتاق والإحصان[(٢)] والتعديل والتجريح ورؤية الأهلة والشهادة على الشهادة[(٣)] وما أشبه ذلك فهذا لا يقبل فيه إلا الرجال.

---

(١) ما بين المعكوفين مطموس فى (أ،ب).

(٢) ثبت فى (ب) الإصلاح.

(٣) ثبت فى (أ) الشهادات على الشهادات.

فالأربعة فى الشهادة على إثبات الزنا وذلك على ثلاثة أوجه: إما شهادة على رؤية الزنا فهو المتفق عليه، وإما شهادة على الشهادة به وإما الشهادة على كتاب الحكم به وهذان مختلف فى الشهادة بهما، فقيل: يكفى شهادة اثنين على شهادة كل واحد من الأربعة[١] وعلى كتاب الحاكم به، وقيل لا يكفى إلا أربعة على كل واحد من الأربعة وكذلك على كتاب القاضى.

وأما الشاهدان فلسائر الأحكام التى تثبت فى البدن وفى المال مما عددناه.

وأما الشاهد والمرأتان والشاهد ويمين المدعى والمرأتان واليمين فلحقوق الأموال وما المقصود منه المال، وأما المال فمثل أن يشهدوا أن فلانًا أقرض[٢] فلانًا مالاً أو أودعه أو أعاره أو غصبه وما أشبه ذلك، وما المقصود منه المال كالبيع والإجارات والشفعة والرهن والقراض والمساقاة والصلح والكفالات و جنايات الخطأ والعمد التى لا قود فيها وما ضارع ذلك مما يكون المقصود منه المال فهذا كله يثبت بالشاهد والمرأتين وبالشاهد ويمين المدعى.

وأما الشاهد ونكول المدعى عليه يقبل فى كل موضع قبل فيه الشاهد واليمين والمرأتان واليمين، وقد اختلف فى قبوله فى الطلاق والعتاق فعنه فى ذلك روايتان، وكذلك فى نكول المدعى عليهم مع اللوث وقد بيناه فى موضعه، وأما الأحكام بالبدن المتعلقة بالمال مثل الشهادة على الوكالة بطلب المال وعلى إسناد[٣] الوصية التى ليس فيها إلا المال فقد اختلف أصحابنا فيها فقال مالك وابن القاسم وابن وهب: يجوز فيها شاهد وامرأتان، وقال أشهب وعبد الملك: لاتقبل فيها إلا رجلان.

وأما المرأتان ونكول[٤] المدعى عليه فإنه يقبل فى كل موضع يقبل فيه الشاهد (واليمين وليس فى كل موضع يقبل فيه الشاهد)[٥] والنكول، وكذلك يمين المدعى مع النكول، وأما يمين المدعى مع قوة السبب فمثل يمين المشترى[٦] فى الاختلاف فى ثمن

(١) ذكرها فى المدونة. انظر المدونة (٤/ ٨٣)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٧١).

(٢) ثبت فى (أ) اقترض.

(٣) ثبت فى (ب) أشهاد.

(٤) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: النكول امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦١١).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ثبت فى (ب) المشترك.

المبيع بعد قبض السلعة لأن يمينه[١] قد قوى بالقبض، فأما المرأتان بانفرادهما ففى حقوق الأبدان التى لا يطَّلع عليها الرجال غالبًا كالولادة والاستهلال والرضاع وعيوب النساء وما أشبه ذلك.

وأما شهادة الصبيان واللوث واللقطة فقد ذكرناه وأما شهادة السماع ففى ما يتغير[٢] ولا يزول وذلك مثل النسب والموت والولاء والحبس المتأبد وقيل فى النكاح.

فأما كتاب القاضى فإنه يقبل فى كل شىء من الحقوق والحدود ولا يثبت إلا بشاهدين إلا ما ذكرناه من الخلاف فى كتابه بشهادة الزنا عنده، هذا جملة من القول فى أقسام البينة والأحكام المشهود فيها ونحن نتكلم على تفصيلها.

فصل

فأما قولنا إن الحد فى الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة رجال فقد بيناه فى كتاب الحدود وقد ذكرنا توجيه الخلاف فيما يتعلق به، وإنما منعنا أن لا يقبل فى أحكام الأبدان التى يطلع عليها الرجال إلا شهادة رجلين خلافًا لأبى حنيفة أنه يقبل فى جميعها شهادة النساء مع الرجال كالطلاق والرجعة والنكاح وغير ذلك إلا ما أوجب قتلاً أو حدًا[٣]، فلقوله تعالى فى الطلاق والرجعة: ﴿**وأشهدوا ذوى عدل**﴾ [الطلاق:٢] وهذا كناية عن ذكرين، واعتبارًا بالقتل، وما يوجب الحد بعلة أنه من حقوق الأبدان التى يطلع عليها الرجال وهذا علة تستمر فى التعديل والتجريح وكل ما هو من بابه.

فصل

وإنما قلنا إن الشاهدين والشاهد والمرأتين يقبلان فى المال أو ما يكون المقصود منه المال، لقوله جل ذكره: ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان**﴾ [البقرة:٢٨٢]، ولا خلاف فى ذلك[٤].

---

(١) ثبت فى (ب) سببه.

(٢) ثبت فى (أ) ما لا يتغير.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٢/ ١٨٨)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٣٠).

(٤) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن شهادة النساء جائزة مع الرجال فى الدَّين والأموال. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٤)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١٠).

فصل

وإنما قلنا إن الشاهد واليمين يحكم به في المال وحقوقه خلافًا لأبي حنيفة في منعه الحكم به على كل وجه[١]، لما روى أن رسول الله ﷺ: قضى باليمين مع الشاهد[٢]، ولأن كل حجة يسقط بها المدعى عليه عن نفسه المطالبة جاز أن تكون في جنبة المدعي، أصله البينة، ولأن الأصول موضوعة على أن اليمين تكون في جنبة أقوى المتداعيين سببًا لقوة سببه، وأن البينة يطالب بها أضعفهما سببًا لضعف سببه ألا ترى أنها تجب بالابتداء على المنكر لقوة سببه على المدعي لأن الأصل براءة ذمته مما ادعى عليه، وإذا صح ذلك فسبب المدعي قد قوي بالشاهد فوجب أن يكون اليمين في جنبته.

فصل

وإنما قلنا إن ذلك في الأموال أو ما يتعلق بها دون حقوق الأبدان للإجماع على ذلك من كل قائل باليمين والشاهد وقصرهم إياها على هذا النوع[٣]، ولأن حقوق الأموال أخفض رتبة من حقوق الأبدان بدلالة قبول النساء فيها، [وقد اختلف قوله في جراح العمد هل يجب القود فيها بالشاهد][٤] واليمين فعنه فيه روايتان: إحداهما أنه يجب به التخيير بين القود والدية ومن جنس عمده[٥] ما لا يجب فيه إلا مال بخلاف النفس،

(١) وذلك لأن أقسام الشهادة عند الأحناف تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أربعة من الرجال في الزنا ورجلين في الحدود والقصاص والشهادة فيما لا يطلع عليه إلا النساء فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة واثنتان أحوط. والشهادة بغير الحدود والقصاص وما يطلع عليه الرجال وشرط فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وليس في هذه الأقسام عندهم الشاهد واليمين. وهذا هو قول الشعبي والنخعي والأوزاعي. انظر الاختيار للموصلي (٢/ ١٨٧، ١٨٨)، انظر الاختيار للموصلي (٢/ ١٤٧)، انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٤٥١)، انظر المغني لموفق الدين (١٢/ ١٠).

(٢) أخرجه مسلم في الأقضية (٣/ ١٣٣٧) ح (٣/ ١٧١٢)، ومالك في الموطأ في الأقضية (٢/ ٧٢١) ح (٥)، قال ابن عبد البر: حديث مرسل.

(٣) وهو قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة وابن أبي ليلى وأبي الزناد ومالك والشافعي وأحمد. انظر المغني لموفق الدين (١٢/ ١٠).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت في (أ) ومن حبس عنده.

والأخرى أنه لا يجب لأنه من حقوق الأبدان وهو الصحيح.

فصل

وإنما قلنا إنه يقبل فى الأموال وحقوقها شهادة امرأتين ويمين المدعى خلافًا للشافعى[1]، لأنهما قد أقيما فى الشرع مقام رجل واحد فى الشهادة على الأموال لقوله عز وجل: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] فإذا جاز أن يحكم بشهادة الرجل مع اليمين جاز أن يحكم بشهادة امرأتين مع اليمين، ولأنهما إحدى شرطى شهادة المال كالشاهد الواحد، ولأنه سبب مؤثر فى الحكم قويت به حجة المدعى فجائز[2] أن يحلف معه، أصله الشاهد الواحد.

فصل

وإنما قلنا إنه يحكم بالشاهد الواحد ونكول المدعى عليه خلافًا للشافعى[3] لأن النكول سبب مؤثرفى الحكم فوجب إذا انضاف إلى الشاهد الواحد أن يحكم به، أصله يمين المدعى، ونبين تأثيره فى الحكم أنه إذا نكل المدعى [عليه انتقلت اليمين إلى جنبة المدعى][4] فحلف وكان نكوله كشاهد، ولأن الشاهد[5] أقوى من يمين المدعى بدليل أنه إنما يحتاج إلى اليمين مع عدم الشاهد وأن اليمين مختلف فى دخولها فى بينة المدعى والشاهد غير مختلف فيه، وأن الشاهد يدخل فى البينة فى جميع الحقوق [وأن اليمين][6] مضاف إليه وهو لا يضاف إليها وإذا ثبت تأكيده على اليمين ثم كان النكول إذا اجتمع مع أضعف السببين[7] يحكم به كان إذا انضاف إلى الأقوى والآكد أولى.

---

(١) ذكره الإمام النووى وقال: ولا يقضى بشهادة امرأتين ويمين فى الأموال قطعًا. انظر روضة الطالبين (١١/٢٧٨)، ذكره الشيخ زكريا الأنصارى فى المنهج. انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/٣٩٣).

(٢) ثبت فى (ب) فجاز.

(٣) انظر روضة الطالبين (١١/٢٧٨)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/٣٩٣).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ثبت فى (أ) لشهادة.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ثبت فى (ب) البينتين.

فصل

ووجه القول فى الوكالة بالمال إنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين أنها شهادة على مقصود به المال كالشهادة على البيع والإجارة، ووجه منع قبولها أن الوكالة فعل بدن ليست بمال قال عبد الملك: لأن الشاهد واليمين لا يقبل فيهما فكذلك الرجل والمرأتان لأن أحدهما لا يقبل إلا حيث يقبل الآخر.

فصل

وإنما قلنا يحكم بشهادة امرأتين مع النكول لأنها أحد شرطى شهادة المال كالشاهد الواحد.

فصل

وإنما قلنا إنه يحكم بيمين المدعى ونكول المدعى عليه فى الأموال وما يتعلق بها لأنهما سببان مؤثران فى تنفيذ الحكم فإذا اجتمعا وجب الحكم بهما كالشاهد واليمين وذلك أن النكول مؤثر فى وجوب الحكم به إذا انضم إليه شاهد وامرأتان وكذلك كون اليمين فى جنبة المدعى.

فصل

ولا يحكم بمجرد النكول دون أن ترد اليمين على المدعى فيما ترد فيه فإذا حلف حكم له على المدعى عليه، وقال أبو حنيفة إذا نكل المدعى عليه عن اليمين كررت عليه ثلاث فإن حلف وإلا حكم عليه بنفس نكوله ولا ترد اليمين على المدعى هذا إذا كانت الدعوى فى المال[1].

واتفقوا على أنه لا يحكم بالنكول فى قتل العمد وجراحه، ثم اختلفوا فى حكمه فعند أبى حنيفة أنه يحبس إلى أن يحلف أو يعترف، وعند أبى يوسف يحكم عليه بالدية[2] فالكلام معهم فى موضعين: أحدهما: هل يحكم بالنكول بمجرده أم لا،

(١) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٢/١٤٧)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٧٥).
(٢) ذكره الشيخ الموصلى. وقال محمد مثل قول أبى يوسف. انظر الهداية للمرغينانى (٣/١٧٧)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٥٠).

والآخر هل يلزم رد اليمين على المدعى أم لا.

فدليلنا على أنه لا يحكم بمجرد النكول اتفاقنا على أنه لا يحكم به فى دعوى دم العمد فكذلك فى سائر الحقوق بعلة أنه نكول عن اليمين توجهت على المدعى عليه ولأنه نكول لا يحكم به دم العمد فلذلك فى غيره، أصله الأول والثانى ولأن البينة حجة للمدعى فى إثبات ما يدعيه واليمين حجة للمنكر فيما ينفيه وقد ثبت أن المدعى لو قعد عن إقامة البينة لم يسقط حقه ولم يحكم عليه بضد ما ادعاه فكذلك المدعى عليه إذا قعد عن اليمين لأن المدعى عليه لو أمسك عن جواب المدعى أو قال لا اعترف ولا أنكر ولا أحلف لم يلزمه فهذا حكم وهو نكول على الأمرين عن الاعتراف وعن اليمين فكان بنكوله عن اليمين وحدها أولى.

ودليلنا على وجوب اليمين مع النكول قوله ﷺ فى القسامة «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ قالوا لم نحضر قال: فتبرأ لكم اليهود بخمسين يمينًا»[1] وهذا رد اليمين، ولأن ذلك إجماع لأنه مروى عن عمر[2] وعثمان وعلى[3] وأبى بن كعب رضوان الله عليهم ولا مخالف لهم ولأن الأصول موضوعة على أنه لا يحكم للمدعى على سبب واحد وإنما يحكم بسببين كالشاهدين، أو كشاهد ويمين، أو كشاهد وامرأتين، أو شاهد ونكول، فأما النكول وحده فإنه سبب واحد فلابد أن ينضاف إليه غيره فإذا ثبت ذلك فليس إلا يمين المدعى، ولأن اليمين فى الدعوى يتوجه على أقوى المتداعيين سببًا ولذلك وجبت فى الأصل على المنكر وانتقلت إلى المدعى إذا كان له شاهد، وإذا[4] ثبت ذلك فالمدعى فى هذا الموضع أقوى سببًا من المنكر لأن ذلك قد أضعف جنبته[5] بنكول فانتقلت اليمين إلى جنبة المدعى.

فصل

وأما اليمين مع قوة السبب فقد بيناه فيما تقدم من اختلاف الزوجين فى قبض الصداق ومقداره و المتبايعين فى مقدار الثمن والعرف فى التداعى، ووجه ذلك أن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى فى الشهادات (٣٠٩/١٠) ح (٢٠٧٣٨).

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣١١/١٠) ح (٢٠٧٤١).

(٤) ثبت فى (أ) وإنما.

(٥) ثبت فى (ب) سبب نفسه.

العرف أصل يقوى به سبب المدعى فإذا كان كذلك انتقلت اليمين إلى جهته كما لو كان معه شاهد ألا ترى أن العرف يرجع إليـه ويحكم به إذا لم يكن هناك غيره مثل الخلاف إذا وقع فى النقد والسير والحمولة وغيرها.

فصل

وإنما قلنا إن شهادة النساء مقبولة فـيما لا يطَّلع عليه الرجال غالبًا من أحكام الأبدان فى الجملة بانفرادهن[1] مثل عيوب النساء والولادة وما فى معنى ذلك لأن الشهادة رتبت فى الشرع على حسب الأشياء المشهود بها وتأكدها وضعفها وإمكان التوصل إلى إثباتها: فجعل فى الزنا أربعة رجال لأنه غلظ فيه فـجعل التغليظ من وجهين: أحدهما الجنس، والآخر العدد، وجعل فى القتل وغيره من حـقوق الأبدان شاهدان رجلان فغلظ فيه من وجهة الجنس فقط لأنه لم يطلب فيه من الستر ما طلب فى الزنا، وجعل فيه القسامة مع اللوث لتأكد أمره لئلا يجترئ الناس على الدماء.

وجعل فى الأمـوال شهادة النساء مع الـرجال لأنها أحفظ حـرمة من الأبدان ودعت الضرورة فى هذا الموضع أعنى الولادة وما تعـلق بها إلى قبول شهادتهن منفـردات كما دعت إلى قبول شهادة الصبيان فـيما بينهم فى الجراح لأنها لو لم نقبلها لأدى ذلك إلى إضاعة دمـائهم كذلك فى هذا الموضع لو لم تقبل شهادة النسـاء فى الولادة وما يجرى مجرها لأدى ذلك إلى أحد أمـرين ممنوعين: إما إلى إضاعة الحقـوق المتعلقة بها أو إلى أن يحضـر الرجال هذه المواضع ويطَّلعـوا على عورات النسـاء وذلك باطل فلم يبق إلا قبولها.

جملة ما تقبل فيه شهادة النسـاء منفردات ما ذكرناه من عيـوب النساء التى لا يطَّلع عليها سواهن من الولادة والاستهـلال والرضاع وما أشبه ذلك، ولا خلاف فى هذا إلا فى الرضاع فعندنا أنهن يقبلن فيه بانفرادهن عن الرجال، وقال أبو حنيفة[2] لا يقبلن فيه على انفرادهن[3]، ودليلنا أنه لا يحضره الرجال فى الغالب فـجاز أن يقبلن فيه منفردات كالولادة والاستهلال، ولأنها شهادة على عورة، لشهادة النساء مدخل فيه كالولادة.

---

(١) انظر المدونة (٤/ ٨١)، انظر الكافى لابن عـبد البـر (٢/ ٩٠٦، ٩٠٧)، انظر الثمـر الدانى (ص ٦٠٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٨٨).

(٢) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١/ ٢٤٦)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٤/ ١٤).

(٣) ثبت فى (ب) على الانفراد.

فصل

إذا ثبت أنه لا يحتاج فى ذلك إلى شهادة الرجال فعنه فى شىء ينضم إلى شهادتهن روايتان: إحداهما أنه لا يكفى فى ذلك إلا أن يفشى[١] ذلك عند الجيران أو يظهر وينشر، والأخرى أن شهادتهن مقبولة وإن لم يفشى[٢].

فوجه الأولى أن الرضاع وإن كان مما ينفرد به النساء فيتعلق به أحكام شرعية ولا يكاد يخفى أمره غالبًا بل يظهر وينتشر ويفشو أمره ولا يكتم[٣] فإذا شهدن به ولم يكن شىء مما ذكرناه ضعفت الشهادة ودخلها التهمة.

ووجه الثانية اعتباره بسائر العورات اللاتى يقبلن فيها وهذه أصح[٤].

فصل

وإنما قلنا إن العدد الذى يكفى منهن اثنتان خلافًا للشافعى فى قوله أربع[٥] ولغيره فى قوله ثلاث[٦] لأن كل جنس قبلت منه شهادة فى شىء على انفراد [كفى منه شخصان، أصله الرجال][٧]، وإنما قلنا لا تكفى امرأة واحدة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إذا كن ما بين السرة والركبة قبل فيه امرأة واحدة[٨]، لأنها شهادة فى حق فلم يثبت بشهادة شخص واحد، أصله سائر الحقوق لأن شهادة الرجل آكد وأقوى من شهادة النساء فإذا لم تقبل شهادة من رجل واحد فشهادة امرأة واحدة أولى.

---

(١) ثبت فى الأصل (يغشى) والصواب ما أثبتناه.

(٢) ثبت فى الأصل (يغشى) والصواب ما أثبتناه.

(٣) ثبت فى (ب) ولا يتكلم.

(٤) ثبت فى (ب، هـ) وهذا أوضح.

(٥) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٥٤)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٣٩٢).

وهو قول عطاء والشعبى وقتادة وأبى ثور. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١٧).

(٦) وهو قول عثمان البتى. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١٧).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٨) انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٨٨)، انظر الهداية (٣/ ١٣٠).

فصل

وإنما تقبل فى الاستهلال خلافًا لمن منع ذلك[١] اعتبارًا بالولادة والرضاع لأنه لا يطَّلع عليه الرجال فى غالب الحال.

فصل

وإنما قلنا إن الشهادة على السماع[٢] تقبل فيما لا يتغير حاله ولا ينتقل الملك فيه لأن الضرورة تدعو إلى قبولها وإلا تلف الحق المشهود به لأن البينة لا تبقى على مر السنين وتطاول الأوقات وكان ثبوت الحق المشهود به مما يؤمن تغيره وزواله كالولاء الذى لا يصح نقله عن الملك بل يبقى ميراثًا وكالموت والنسب والوقف المحرم وما أشبه ذلك فجازت فيه شهادة السماع.

وصفتها: أن يشهد شاهدان إنا لم نزل نسمع أن فلان ابن فلان على مر السنين وتطاول الأوقات وليس للعدد[٣] الذى يسمع منه الشهود حد محصور أكثر من ثلج النفس وثقتها إلى خبرهم فهى فى معنى الخبر فى المتواتر، ووجه قوله فى النكاح إنها تقبل فيه: أنه أمر ثابت لا يتغير إذا مات أحد الزوجين فأشبه الولاء والوقف، ووجه قوله إنه لا تقبل فيه: أن أصله غير[٤] مستقر بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة على الأملاك أنها تثبت بالسماع.

فصل

وإنما قلنا إن كتاب القاضى إلى القاضى يقبل وإنه يلزم المكتوب إليه تنفيذ ما فيه للضرورة إلى ذلك لأنه لو لم يقبل لأدى إلى تلف الحق المشهود به لأن البينة التى للمدعى قد تكون بغير البلد الذى يحتاج إلى إقامتها به فلا يجوز تكليفهم السفر إليه ليشهدوا به وقد لا يكون هناك من يعرفهم بالعدالة فلم يبق إلا شهادتهم فى الموضع

---

(١) منع ذلك أبو حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل شهادتهن فى الاستهلال. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٨٩)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١٦).

(٢) قال الشيخ ابن عرفه الدسوقى: شهادة السماع: لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٩٣).

(٣) ثبت فى (ب) للقدر.

(٤) غير: سقطت من (ب).

الذى هم به وكتاب الحاكم الذى يشهدون عنده إلى الحاكم الذى يحتاج إليه فى إقامة الشهادة عنده بما ثبت عنده من الحق بشهادتهم وعلى ذلك مضى أمر السلف.

وإنما قلنا إنه لا يثبت إلا بشاهدين دون طابع القاضى لأنه سبب يجب به تنفيذ الحكم فوجب أن لا يكون إلا بشاهدين، أصله إقرار المدعى عليه، ووجه قوله فى الزنا إنه يثبت الكتابة بشاهدين: أن الشهادة بالكتاب[1] غير الشهادة بالزنا فإذا ثبت الكتاب بشاهدين فالحد يقام بشهادة الأربعة الذين شهدوا عند الحاكم الأول، ووجه القول بأنه لابد من أربعة أن الحد يقام بكتاب الحاكم وما يقام به الحد من الشهادة لا يكون إلا بأربعة، أصله الشهادة المباشرة.

فصل

اختلف قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتابًا مطويًا وقال اشهدوا على ما فيه هل يصلح تحمُّلهم الشهادة أم لا؟ وكذلك الحاكم إذا كتب كتابًا إلى حاكم وختمه وأشهد الشهود بأنه كتابه ولم يقرأ عليهم فعنه فى ذلك روايتان[2]: إحداهما أن الشهادة جائزة وإن لم يقرأ الكتاب والأخرى أنهم لا يشهدون به إلا أن يقرءوه وقت تحمُّل الشهادة، فوجه الجواز أنه أشهدهم على إقراره بما فى الكتاب، عرفوه فصح تحملهم الشهادة، أصله إذا قرأه عليهم، ولأن عمال النبى ﷺ كانت ترد عليهم كتبه فيعملون بما فيها من غير أن يقرءوها. واستدل القاضى إسماعيل بن إسحاق بدليل أن النبى ﷺ دفع كتابًا إلى عبد الله بن جحش وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب فيتبع ما فيه، ولأن الإنسان قد يكره أن يعلم غيره ما أقر به[3] ويحب طى ذلك وإخفاءه فلو لم تجز الشهادة عليه إلا إذا أظهره ونشره للحق فى ذلك ضرر ومشقة، ووجه المنع قوله تعالى: ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [يوسف:٨١] وإذا لم يقرءوا الكتابة لم يعلموا ما يشهدون به فلم تجز شهادتهم، ولقوله ﷺ: «إن رأيت مثل الشمس فاشهد»[4] ولأن الخط قد يعمل عليه ويزور فلا يؤمن ذلك فى الكتاب المطوى فإذا قرأه وعرف ما فيه أمنوا الحيلة فيه.

---

(١) ثبت فى (أ) بالكتابة.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩٥٦).

(٣) ثبت فى (ب) ما أمر به.

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/٢٦٣) ح (٢٠٥٧٩)، والحاكم فى المستدرك (٤/٩٨)، وأبو نعيم فى الحلية (٤/١٨)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: فى إسناده محمد بن سليمان بن مسمول، وهو ضعيف. انظر تلخيص الحبير (٤/٢١٨) ح (١).

باب

شهادة الأعمى جائزة فى كل ما وقع له العلم بـه، وإنما يمنع فيما طريقه الرؤية فقط فيقبل على مـا يلمسه أنه حار أو بارد أو لين أو خشن وفيـما يذوقه أنه حلو أو حامض وفيـما يشمه وكـذلك فيما يـسمعه، والدليل على ذلك أن الـعمى لا يؤثر فى العلم بما يشهد من ذلك فكان فقد البصر كفقد غيره من الأعضاء فى أنه لا يمنع قبول ما يتحمَّله من الشهادة به، فأما شهادته بالإقرار وما طريقه الصوت فيقبل عندنا سواء تحمَّلها أعمى أو بصير ثم عمى خـلافًا لأبى حنيفة[١] والشافعى فى قـولهما أنها لا تقـبل إذا تحمَّلها أعمى[٢]، لأن الصوت طريق لمعرفة الأشـخاص والتمييز بين الأعيـان شرعًا وعادة: أما الشرع فدليل مالك رحمه الله أن الصـحابة والتابعين رووا عن أزواج النبى ﷺ ومعلوم أنهم سمعوا منهن من وراء حجاب وإنما كانوا يمـيزون بين أشخاصهن بالصوت، وقوله ﷺ: «لا يمنعنكم من سحوركم أذان بلال فكلوا واشـربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم[٣]»، ولم يكونوا يفرقـوا بينهما إلا بالصـوت، ولأن الإقدام على الفروج أغلظ من الشـهادة عليه بالحقوق وقد ثبت أن الأعمى يطأ زوجته وهو لا يعرفها إلا بالصوت فدليل[٤] ذلك إجماع على أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص.

وأما العادة[٥] فهى أن الأعمى إذا تكررعليه سماع صوت زوجته وولده وصديقه وطال

(١) ذكره الشيخ الموصلى، وقال: قال أبو حنيـفة: لا تقبل وقال زفر: تقبل فيما يجـرى فيه التسامع لأنه يسمع، وقال الشيخ المرغينانى: وهو رواية عن أبى حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان بصيراً وقت التـحمل تقـبل لوجود العلم بالنظر. انظر الاختـيـار للموصلى (٢/١٩٦)، انظر الـهداية للمرغينانى (٣/ ١٣٥).

(٢) قال الإمـام النووى لا يجوز أن يتـحمل الأعمى اعـتمـادًا على الصوت. انظر روضة الـطالبين (١١/ ٢٦٤). قال الشيخ الخطيب الشربينى: ولا يقبل شهادة أعمى إلا أن يقر فى أذنه فيتعلق به حتـى يشهـد عند قاض به على الصـحيح. والثـانى: المنع حسـمًا للباب، انظر مـغنى المحـتاج (٤/ ٤٤٦)، وقال الإمام النووى: فى قبول شـهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاسـتفاضة وجهان. قال ابن سريج والجـمهور: تقبل إلا أن شـهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعـيين وإشارة. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٧١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما أثبتناه من (أ) وهو مُناسب وفى باقى النسخ: (فدل).

(٥) العادة: سقطت من (ب).

اجتماعه معه وكثير ألفه له وطروقه لسمعه وقع له العلم بذلك وبَعُدَ شبهه[١] بغيره وميز بين أشخاصهم لسماعه وصار ذلك له طريقًا مستمرًا لا يخالجه[٢] فيه شك ولا ريب، وإن جاز أن يخفى عليه إذا غير صوته فى بعض الأوقات فإنه إذا تبينه زال عنه الشك فحكمه فى هذا حكم البصير إذا رأى الشخص فى الظلمة وأنه إذا تبينه وتأمله عرفه، وكذلك لو رأى من بَعُدَ عهده به أو من كان بعهده أمردًا والتحى فإنه يشتبه عليه اشتباهًا إذا حقق التأمل زال عنه، وإذا ثبت ذلك صح أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص فقبلت شهادة الأعمى معه.

فصل

شهادة الأخرس جائزة إذا فهمت إشارته خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى[٤] لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم فإذا فهم منه بطريق يفهم من مثله قبلت كالناطق إذا أداها بالصوت، ولأنها معنى يحتاج إلى النطق ليقع الفهم به فإذا تعذر النطق به جاز أن تقوم الإشارة مقامه إذا وقع الفهم بها، أصله الإقرار والطلاق.

الشهادة على الشهادة جائزة وهو قول كافة الفقهاء[٥] إلا من حكى عنه[٦] منعها[٧]، لأن عليًا رضى الله عنه أجازها[٨] ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ولا خالفه، ولأن الشهادة طريقها الأمانة كالأخبار فإذا جاز النقل فى أحدهما فكذلك فى الآخر، ولأن شهادة العدل على شهادة نفسه معنى يسوغ للحاكم الحكم به فجاز أن يشهد به عنده ويحكم به إذا شهد عنده الإقرار.

(١) ثبت فى (أ) تنبيهه وفى (هـ) تشبيه.

(٢) ثبت فى (أ) لا يخالطه.

(٣) ذكره الشيخ الكاسانى، انظر بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨)، انظر الفتاوى الهندية (٣/ ٤٦٤).

(٤) قال الإمام النووى: شهادة الأخرس إن لم يعقل الإشارة مردودة وكذا إن عقلها على الأصح عند الأكثرين. انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٤٥)، انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٣٢٤).

(٥) قال ابن قدامة فى المغنى: الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى قال أبو عبيد: أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة فى الأموال ولأن الحاجة داعية إليه. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٨٦)، انظر البحر الزّخار للشيخ المرتضى (٦/ ٣٩).

(٦) ثبت فى (أ) عنهم.

(٧) ذكره الشيخ المرتضى. انظر البحر الزّخار (٦/ ٣٩).

(٨) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى عبد الرزاق فى مصنفه، انظر نصب الراية (٤/ ٨٧).

فصل

وتجوز فى الحقوق والحدود كلها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إنها لا تجوز فى القتل ولا فى الحدود[1] ولأنه حق مشهود به فجاز أن تسمع فيه الشهادة على الشهادة كسائر الحقوق.

فصل

إذا شهد اثنان على شهادة اثنين فإن شهد كل واحد منهما على شهادة كل واحد من الشاهدى الأصل قبلت[2] الشهادة، وإن شهد واحد على شهادة واحد وآخر لم تقبل لأن شهادة كل واحد معنى يثبت عند الحاكم فلا يثبت بأقل من اثنين، وقد ذكرنا الخلاف فى نقل الشهادة على الشهادة فى الزنا وفى كتاب القاضى إلى القاضى بالزنا[3].

فصل

ويكفى أن يشهد اثنان على اثنين، وقال عبد الملك: ولا يجوز إلا أن يشهد على الآخر اثنان سوى الاثنين الذين شهدا[4] على الأول وهو أحد قولى الشافعى[5]، وإنما قلنا ذلك لأن شهود الفرع نقلوا[6] عن شهود الأصل والحق يثبت بشهود الأصل فصار الشاهدان كأنهما يشهدان بحقين فلم يحتج إلى غيرهما.

فصل

إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن شهدوا وقبل حكم الحاكم، قبل رجوعهم ولم يحكم بتلك الشهادة فى كل شىء شهدوا به وكذلك إن رجع بعضهم خلافًا لمن قال: إنه

(١) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٣/ ١٤٤)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٢٠٢). وهذا القول يقول به أحمد بن حنبل وهو قول النخعى والشعبى. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ٨٧).

(٢) ثبت فى (ب) ثبتت.

(٣) بالزنا. سقطت من (ب).

(٤) ثبت فى (أ) شهدوا.

(٥) ذكره الإمام النووى. وقال: وهو قول البغوى والسرخسى والقول الثانى وهو الأظهر: أنه يقبل وهو الذى رجحه العراقيون والإمام الغزالى والرويانى، انظر روضة الطالبين (١١/ ٢٩٣)، وقال الشيخ الشربينى الخطيب: هذا القول صححه جمع. انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٥٥).

(٦) ثبت فى (ب) نقله.

يحكم ولا يلتفت إلى رجوعهم[١] لأن الحكم إنما يكون بشهادة يثبت عليها ورجوعهم عنها يجعلهم بمنزلة من لم يشهد فيصير الحكم للشانى من قوليهما دون المرجوع عنه كالحاكم إذا اجتهد ثم بان له الخطأ قبل تنفيذ الحكم.

فصل

فإن رجعوا بعد استيفاء الحكم لم ينتقض برجوعهم ثم لا يخلو المشهود به أن يكون مالاً أو طلاقًا أو قتلاً أو حدًا، ولا يخلو رجوعهم أن يكون إخبارًا عن غلط أو تعمد كذب[٢] فمن شهد بمال فلما حكم به قالا غلطنا فى الشهادة لم ينتقض الحكم ولم يرجع على من أخذ المال ويغرمانه للمشهود عليه، وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق وقال عبد الملك فى الغلط لا يرجع عليهما بشىء.

وإن قالا تعمدنا الكذب رجع عليهما بغير خلاف وكذلك لو رجع أحدهما بإكذاب نفسه غرم نصف المال، فإن شهدا بقتل أو قطع ثم رجع أحدهما أو كلاهما بعد الآخر غرما الدية إن كان غلط وإن كان عن عمد يقتص[٣] منهما [ويغرمان الدية أيضًا هذا قول ابن القاسم، وقال أشهب يقتص منهما][٤] فى العمد وإن رجع أحدهما فعلى الخلاف الذى ذكرناه.

وإن شهدا بطلاق ثم رجعا لم يغرما للزوج الصداق، فإن شهدا أنه تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول فاغترمه الحاكم نصف الصداق ثم رجعا غرما النصف الذى غرمه، ولو شهدا على دخوله بزوجته عنده وهو مقر بالنكاح[٥] منكر للدخول ثم رجعا عن شهادتهما غرما نصف الصداق، ولو شهدا أنه أعتق عبدًا له ثم رجعا عن شهادتهما[٦] غرما قيمته، ولو كانت الشهادة بتنجيز[٧] عتق مكاتب غرما قيمة كتابته أو ما بقى منها فإن شهدا بإعتاق أم ولد فلا غرم عليهما.

(١) قال الشيخ موفق الدين بن قدامة: وحكى عن أبى ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال: يحكم بها. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١٣٧)، انظر البحر الزخار للمرتضى (٦/ ٤٤).
(٢) كذب: سقطت من (ب).
(٣) ثبت فى (هـ) لا يقتص.
(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٥) ثبت فى (ب) بالطلاق.
(٦) شهادتهما: سقطت من (ب).
(٧) بتنجيز: سقطت من (ب).

فصل

وإنما قلنا إن رجوعهم بعد استيفائهم[1] الحق لا ينقض به الحكم خلافًا لمن حكى عنه ذلك[2] لأن رجوعهم إن كان إكذابًا لهم لأنفسهم فذلك تفسيق منهم لأنفسهم والحكم لا ينقض بقول فاسق وإن كان عن غلط فيجوز أن يكونوا غلطوا فى الثانى فلا يقبل قولهم وقد تعلق بالأول حق للمشهود له فلم يجز إبطاله بدعواهم.

فصل

وإنما قلنا إنهم يغرمون ما أغرم المشهود عليه من المال خلافًا لعبد الملك فى منعه ذلك بالغلط[3] لأنهم فى العمد مقرون بإتلاف مال غيرهم لأنهم اضطروا الحاكم إلى أن أغرمه ما شهدوا به فلزمهم غرمه، وقلنا ذلك فى الغلط لأنهم بإتلافهم كالعمد، وقلنا فى رجوع أحدهما أنه يغرم النصف لأن الإتلاف لم يكن به وحده ولزم قدر ما أتلف بشهادته كالمشتركين فى قتل خطأ يلزم كالواحد منهم من الدية بقسطه وكذلك المخطئ مع العامد يلزم المخطئ نصف الدية.

فصل

وإنما قلنا فى الرجوع عن الشهادة بقتل أو قطع أنه إن كان ذلك بغلط غرما الدية لما قدمناه، لا يقتص منهما لأن القصاص لا يكون إلا فى العمد المحض.

ووجه القول إنه لا يقتص منهما فى العمد: أن شهادتهما سبب لا مباشرة فلا يجب بها القود، ولأنه غير ملجىء لأن الحاكم قد كان يمكنه أن ينعزل[4] فلا يحكم.

ووجه إيجاب القود ما روى عن على رضوان الله عليه أنه جاءه شاهدان فقالا: نشهد أن هذا سرق فقطعه ثم جاآه بآخر فقالا أوهمنا هو هذا فرد قولهما الثانى، وقال: لو

---

(١) ثبت فى (ب) بعد استيفاء.

(٢) وهو قول الإمام أحمد بن حنبل وهو قول الشيعة الزيدية. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/١٣٨)، انظر البحر الزّخار للمرتضى (٦/ ٤٥).

(٣) ذكره الشيخ ابن عبد البر فى الكافى قولاً ولم يعزوه إلى عبد الملك. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/٩١٨).

(٤) ثبت فى (أ) أن يقول.

أعلمكما تعمدتما لقطعتكما[١]، ولم يحفظ خلاف عليه ولأن الشهود إذا كان ظاهرهم العدالة وأدوا الشهادة إلى الحاكم لزمه الحكم بشهادتهم فى حقوق الله ولمن[٢] يطلبه إذا ثبت له من الآدميين فقد صار ملجأ بشهادتهما فكان الشاهد[٣] كالمكره لغيره على القتل ويلزمه القود ولا يجب على هذا أن يكون على الحاكم القود كالمكره لأن القاتل مكرهًا مباشر بما لم يكن له أن يباشره، والحاكم لم يباشر قتلاً محرمًا وإنما باشر أمرًا أوجبته الشريعة فافترقا.

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بطلاق قبل الدخول أو بعده ثم رجعا فلا غرم عليهما خلافًا للشافعى فى قوله يرجع عليهما بمهر المثل أو بكمال المهر[٤] لأن بالدخول قد استحق عليه المهر كاملاً وبالعقد نصفه وإن كان لم يدخل لم يتلفا على الزوج شيئًا بشهادتهما فلا يلزمهما غرم.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بالزوجية وبالطلاق قبل الدخول ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف المهر لأنهما قد أتلفاه عليه بشهادتهما فلزمهما غرمه اعتبارًا بشهادة المبتدأة بالمال ويفارق الأول لأن المهر كان مستحقًا عليه بالعقد الثابت.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا بدخوله بزوجة يقر بنكاحها ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف الصداق فلأن ذلك القدر هو الذى أتلفاه بشهادتهما لأن النصف مستحق عليه بالعقد فلم يتلفاه عليه لما قدمناه، والثانى لا يستحق إلا بالدخول والدخول لم يثبت إلا بقولهما فإذا رجعا عن الشهادة فقد اعترفا أنهما أتلفاه عليه فيلزمهما غرمه.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا شهدا عليه بعتق عبده ثم رجعا أنهما يغرمان قيمته لأنهما أتلفاه عليه فيلزمهما غرم قيمته كما لو شهدا عليه بمال لرجل، وقلنا فى المكاتب يغرمان الكتابة

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٤٢٤) ح (٢١١٩٢).

(٢) ثبت فى (أ) ولما.

(٣) ثبت فى (ب) المشهود.

(٤) ذكرهما الإمام النووى، انظر روضة الطالبين (١١/ ٣٠٠)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٥٨).

لأنها المتلفة دون الرقبة، وقلنا فى أم الولد لا يغرمان لأنهما لم يتلفا بشهادتهما إلا الاستمتاع ولا قيمة لذلك.

فصل

إذا حكم الحاكم بشهادة شهود ثم قامت بعد الحكم بينة بفسقهم فلا ضمان عليه فيما أتلف بشهادتهم ولو قامت بينة برقهم أو كفرهم ضمن، والفرق أن العدالة والفسق طريقهما الاجتهاد وإذا انفرد الحاكم(١) باجتهاد لم ينقض باجتهاد مثله(٢)، وليس كذلك الحكم بشهادة العبيد والكفار لأن ذلك لا اجتهاد فيه إذ لا يخفى الكفر والرق لأنهما خلافه أمر ظاهر فالحاكم مع ذلك مقصر فى اختبار(٣) حال الشهود فضمن الحاكم بتفريطه.

---

(١) ثبت فى (ب) وإذا نفذ الحكم.

(٢) ذكره فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٥٩).

(٣) ثبت فى (ب) تقصير اختيار وفى (ق) اجتهاد.

باب

إذا تداعى[(١)] رجلان شيئًا فالتقسيم يرجع إلى ثلاثة أشياء: أحدها إلى اليد، والثانى إلى البينة، والثالث إلى صفة الدعوى، فأما حكم اليد فينظر فإن كانت الدعوى متساوية مثل أن يدعى كل واحد جميعه فإن لم يكن فى أيديهما وكان فى يد من لا يدعيه لنفسه لم يحكم لأحدهما إلا ببينة فإن أقام أحدهما بينة حكم له به، وإن أقام الآخر بينة نظر إلى أعدل البينتين فحكم به فإن تساويا [فى العدالة][(٢)] عرضت اليمين عليهما فإن نكل أحدهما حكم للحالف وإن حلفا قسم بينهما وإن نكلا تركا على ما كانا عليه، وإن كان ذلك الشىء فى أيديهما فالحكم فيه مثل ما لو لم يكن فى أيديهما سواء.

وإن كان فى يد أحدهما فهو أولى به من المدعى الذى لا يد معه فيحكم له به مع اليمين، فإن نكل حلف المدعى وحكم له به وإن نكل أقر على[(٣)] يد من هو فى يده فإن أقام المدعى بينة فالبينة أولى من اليد.

وإن أقام صاحب اليد بينة حكم بأعدل البينتين فإن تساويا سقطتا وكان صاحب اليد أولى، وسواء كانت الدعوى فى ملك مطلق غير مضاف إلى سبب [أو فى مضاف إلى سبب][(٤)] يتكرر أو لا يتكرر فالمطلق أن يقيم بينة بأن [هذا العبد ملكه وأن][(٥)] هذا الشىء له هكذا مطلقًا، وغير المطلق هو المضاف إلى سبب وهو أن يبين سبب الملك مثل أن يقيم بينة بأن هذا العبد ملكه ولد فى ملكه وأن هذه الدابة نتجت فى ملكه وأن هذا الثوب ملكه[(٦)] نسج فى ملكه، ثم هذا السبب على ضربين متكرر يمكن أن يتكرر فى الملك مثل الغراس إذا قال كل واحد منهما غرسته فى ملكى فهذا يمكن أن يتكرر بأن يغرس دفعتين وكذلك نسج الثوب الخز على ما يقوله أهل صنعته يمكن أن ينسج دفعتين، ومنه ما لا يمكن تكراره كالولادة والنتاج ونسج الثوب القطن.

(١) ثبت فى (أ) إذا تداعيا.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) ثبت فى (أ) عليه.
(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٦) ملكه: سقط من (ب).

وأما التقسيم على البينة فهو أن يقال إذا تداعى رجلان شيئًا فلا يخلو أن يكون مع كل واحد بينة أو لا بينة أو مع أحدهما أو أن تكون البينة مع أحدهما ولا بينة مع الآخر فإن أقام كل واحد منهما بينة نظر إلى أعدلهما فحكم به، وإن تساويا عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا حكم به لصاحب اليد [منهما أو قسم بينهما إن لم يكن يدًا وكان فى أيديهما، وإن لم تكن مع أحد منهما بينة عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا قسم بينهما وإن كان مع أحد منهما يد كان لصاحب اليد]، وإن كان مع أحدهما بينة ولا بينة مع الآخر حكم به لصاحب البينة سواء كان صاحب اليد أو الخارج إلا أن صاحب اليد لا يكلف بينة ابتداء لأن اليد مغنية عنها.

وأما التقسيم[1] على صفة الدعوة لا يخلو أن تكون الدعوى متساوية أو مختلفة[2]: فإن كانت متساوية فالحكم على ما ذكرنا، وإن كانت مختلفة مثل ثوب أو كيس[3] يدعى أحدهما جميعه ويدعى الآخر نصفه، أو يكون بين ثلاثة يدعى أحدهم كله والآخر نصفه ويدعى الثالث ثلثه فإن تقسيم اليد والبينة على ما قدمناه لا يخلو أن يكون فى أيديهم أو فى يد غيرهم ممن لا يدعيه لنفسه أو فى يد أحدهم، ثم لا يخلو أن يكون مع أحدهم بينة أو أن يكون مع كل واحد منهم بينة، فإن كان مع أحدهم بينة حكم له به كان فى يده أو فى أيديهم أو فى غيرهم، وإن كان مع كل واحد منهم بينة حكم بأعدلها أو لا بينة لهم جميعًا عرضت الأيمان عليهم ثم قسم بينهم، فإن لم يكن فى أيديهم قسم على موجب دعواهم، وإن كان فى أيديهم فاختلف فى ذلك على وجهين: أحدهما أنه يقسم على عددهم والآخر على موجب دعواهم على ما نبينه من بعد ونحن نتكلم على تفصيل الجملة وموضع الخلاف منها.

فصل

وإنما قلنا : إنه إذا لم يكن الشيء المدعى عليه فى أيديهما أو كان فى يد من لا يدعيه لنفسه أو لم يكن فى يد أحد فإنه لا يحكم به لأحدهما إلا ببينة لقوله ﷺ: «لو أعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دم قوم وأموالهم»[4]، وقال للمدعى : «شاهداك أو

---

(١) ثبت فى (ب) اليمين.

(٢) ثبت فى (أ) مختلطة.

(٣) ثبت فى (أ) كبش.

(٤) أخرجه مسلم فى الأقضية (٣/١٣٣٦) ح (١/١٧١١)، والنسائى فى القضاة (٨/٢١٨) باب (عظة الحاكم على اليمين)، وابن ماجه فى الأحكام (٢/٧٧٨) ح (٢٣٢١).

يمينه»[١]، ولأنهما متساويان فى الدعوى لا يرجح أحدهما على الآخر فلم يكن أولى منه .

فصل

وإنما قلنا إن من أقام البينة منهما حكم له به لقوله ﷺ «البينة على المدعى»[٢]، وقوله «شاهداك أو يمينه»[٣] ولأنه قد أتى بالسبب الدال على صدقه فيما ادعاه فوجب الحكم به له، وإنما قلنا إن الآخر إذا أتى ببينة نظر إلى أعدلهما فرجحت على الأخرى، خلافًا لأبى حنيفة[٤] والشافعى فى قولهما إن الزيادة فى العدالة لا يقع بها ترجيح[٥]، لأن الشهادة تقف صحتها على العدالة وهى مبنية[٦] على الاجتهاد فكانت الزيادة فيها مطلوبة لأنها أبلغ فى التوثيق وأقرب إلى صحة ما يشهد به، ولأن الشهادة أقوى من الخبر لأنه نص فيها على العدد فلم يقبل فيها قول العبد ولا المرأة بانفرادهما وفى الخبر لم ينص على عدد ولم يمنع فيه العبد ولا المرأة، ثم كانت صفة العدالة يقع بها الترجيح فى الخبر فمن كان [أعدل وأوثق كان][٧] أولى بأن يصار إلى خبره وكان فى الشهادة أولى ولا يلزم على ما قلناه زيادة لأنه منصوص عليه فأغنى عن الاجتهاد.

فصل

وإنما قلنا إذا تساويا فى العدالة سقطتا لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى فكانا كمن لا بينة معهما، وإنما قلنا تعرض الأيمان عليهما فلأن اليمين أحد الحجج للمدعى، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم به للحالف لأنه قد ساوى صاحبه بالبينة وزاد عليه باليمين فكان أرجح منه، وإن حلفا قسم بينهما لأن التقادم إذا وجد لم يكن

---

(١) أخرجه البخارى : فى الرهن (٥/ ١٧٢) ح (٢٥١٥) ، ومسلم : فى الإيمان (١/ ١٢٣) ح (٢٢١/ ١٣٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٦).

(٥) ذكره الشيخ الخطيب الشربينى، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٨٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٢٨).

(٦) ثبت فى (أ) ويمين عليه.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

أحدهما أولى من الآخر لتساويهما فيما يقتضى الحكم به لمن يثبت له فلم يبق إلا ما قلناه، وقد قال مالك إلا أن يكون ذلك الشيء شيئًا[1] مما يرى الإمام أن يقف الحكم فيه فلا يقسم بينهما[2]. والنظر هو الأول، وإنما قلنا إنهما إذا نكلا تركا على ما كانا عليه فلأن تساوى[3] البينتين يمنع الحكم مع إحداهما، وإنما عرضنا الأيمان عليهما ليرجع أحدهما فيحكم له فأما إذا لم يوجد ذلك فقد أضعفا دعواهما فتركا على ما كان عليه.

فصل

وإنما قلنا إن الشيء المدعى إذا كان فى أيديهما فالحكم فيه مثل ما قدمناه فإنه لا رجحان لأحدهما على الآخر لأن اليد وإن كان الترجيح يقع بها لمن[4] حصلت له فقد تساويا فيها فكان كتساويهما فى البينة.

فصل

وإنما قلنا إن كان فى يد أحدهما كان أولى من المدعى الذى لا بينة له مع يمينه لأن اليد ظاهرها يدل على الملك فقد حصل أقوى سبب من المدعى فكانت البينة على الخارج.

وإنما كانت اليمين على صاحب اليد لأنه مدعى عليه وقد قال ﷺ «اليمين على المدعى عليه»[5]، ولأنه أقوى سببًا باليد والحيازة، واليمين تكون فى جنبة أقوى المتداعين سببًا، وإنما لم يحكم له بمجرد اليد دون اليمين لأن السبب الواحد لا يحكم به دون أن ينضاف إليه غيره كالشاهد الواحد.

فصل

وإنما قلنا: إنه إذا نكل انتقلت اليمين [إلى جنبة المدعى لأن سببه قد ضعف بنكوله فصار المدعى أقوى سببًا منه فانتقلت اليمين إلى جهته][6] كما أن المدعى عليه يكون

(١) شيئًا: سقطت من (ب).

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/ ٩٧).

(٣) ثبت فى (ب) تهاتر.

(٤) ثبت فى (أ) أن.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

اليمين فى جنبته لقوة سببه ببراءة الذمة فى الأصل وإذا كان مع المدعى شاهد انتقلت اليمين إليه لقوة سببه.

وإنما قلنا إنه إذا حلف المدعى حكم له به لأنه قد اجتمع له سببان يمينه ونكول خصمه وذلك مؤثر فى الحكم، وإنما قلنا إنه إذا نكل أقر صاحب اليد لأن نكوله[1] أضعف دعواه وصارا كأنهما لم يتأتيا بشىء ورجح الآخر عليه باليد.

فصل

وإنما قلنا إذا كان للمدعى بينة كانت أولى من اليد لأنها أرجح منها لأن البينة تشهد بما لا تشهد به اليد لأن اليد مبهمة[2]، والبينة مفسرة، وإنما يحكم لليد بالظاهر ولقوله ﷺ: «البينة على المدعى»[3] ولم يفرق، وفائدة ذلك أنه إذا أقامها حكم له بها.

وإنما قلنا إن صاحب اليد إذا أقام بينة رجح بأعدل البينتين لما بيناه أن الغرض بالبينة العدالة والحكم بها موقوف على حصولها فوجب الترجيح بالزيادة فيها.

فصل

وإنما قلنا إنهما إذا تساويا حصل التهاتر وحكم به لصاحب اليد خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن بينة الخارج أولى إذا كانت فى ملك مطلق أو مضاف إلى سبب يتكرر[4] لما روى أن رجلين تداعيا عند النبى ﷺ بعيراً فجاء هذا ببينة فقضى به لمن هو فى يده[5]، ولأنهما متداعيان يتساويا فى إقامة البينة وانفراد أحدهما باليد فوجب أن تقدم بينته لأجل اليد، أصله الدعوى فى الملك المضاف إلى سبب لا يتكرر كالولادة والنتاج[6]، ولأن كل واحد منهما مساوٍ لصاحبه فى الدعوى قبل البينة إلا أن صاحب اليد أقوى وأرجح بثبوت يده على الشىء المدعى فلما انفرد بذلك قوى أمره فقدم على المدعى

---

(١) ثبت فى (ب) وحصول.

(٢) ثبت فى (ب) متهمة.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٣/ ١٩٢)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٥٥).

(٥) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٤/ ٢٠٩) ح (٢١)، والبيهقى فى الكبرى (١٠/ ٤٣٣) ح (٢١٢٢٣)، وذكره الحافظ ابن حجر وقال: إسناده ضعيف. انظر تلخيص الحبير (٤/ ٢٣١).

(٦) ثبت فى (أ) النكاح.

لرجحانه باليد، وهذه حالهما بعد البينة لأنهما قد تساويا فيها وسقطتا وصارا كأنهما لم يكونا فانفرد صاحب اليد بيده كما كان قبل البينة، وإنما عرضنا الأيمان عليهما بعد تهاتر البينتين اعتبارًا بحال الابتداء.

فصل

فأما اختلاف الدعوى مثل أن يتداعى رجلان ثوبًا أو كبشًا[1] وهو بأيديهما يدعى أحدهما الكل والآخر النصف أو ثلاثة ويدعى الثالث الثلث فقد ذكرنا أن أصحابنا يختلفون فى كيفية قسمته بينهم فمنهم من يقول تقسم بينهم على عدد المدعين[2] بالتسوية ومنهم من يقول يقسم بينهم على صفة اختلاف الدعوى.

وصورة القول الأول أن يتداعى رجلان كبشًا أو ثوبًا وهو بأيديهما يدعى أحدهما الكل والآخر النصف فيكون بينهما نصفين وكذلك إن ادعاه ثلاثة يدعى الثالث الثلث يكون بينهم أثلاثا، وصورة الحكم على موجب الاختلاف فى الدعوى فى المسألة الأولى أن يحكم لمدعى الكل بثلاثة أرباع المدعى ولمدعى النصف بربعه فيقسم بينهم على أربعة أسهم.

وفى المسألة الثانية إذا ادعى أحدهم الكل والثانى النصف والثالث الثلث يقسم بينهم على ستة وثلاثين جزءًا[3] منها لمدعى الكل خمسة وعشرون ولمدعى النصف سبعة ولمدعى الثلث أربعة أسهم، واحتج من ذهب إلى القول الأول بأنهم متساوون[4] فى أسباب الحكم والترجيح لأنهم قد تساووا فى اليمين وفى الحيازة لأن مدعى الأكثر مساوٍ لمدعى الأقل فى اليد، وإنما يزيد عليه بالدعوى وذلك لا يوجب زيادة فى الحيازة، وإذا لم يكن معهم ما يرجح به أحدهم على الآخر وجب تساويهم فى القسم فأما إذا لم يكن فى أيديهما فعلى موجب الاختلاف.

واحتج من ذهب إلى القول الثانى بأن قال إذا ادعى أحدهما الكل وادعى الآخر النصف فمدعى النصف مقر بأنه لا حق له فى النصف الآخر فصار النصف الذى يدعيه كان كمدعى الكل قد حازه وليس أحد يخاصمه فيه فيكون له ويصير التداعى فى

(١) ثبت فى (ب) كيسًا.
(٢) ثبت فى (ب) المتداعين.
(٣) ثبت فى (ب) سهمًا.
(٤) ثبت فى (أ) متساويان.

النصف الباقى فيقسم بينهما لتساويهما فى حيازته، وكذلك فى المسألة الثانية يقال لمدعى النصف ومدعى الثلث أنتما مقران بأن بالنصف الباقى لا حق لكما فيه فسلماه إلى مدعيه إذ لا خصومة بينكما وبينه فيه فيصير النصف لمدعى الكل [ويحصل التداعى بين مدعى النصف ومدعى الثلث][1] فيقال لمدعى الثلث أنت معترف بأن السدس الزائد على الثلث لا حق لك فيه فسلمه إلى من يدعيه فيصير بين مدعى الكل وبين مدعى النصف وأيديهما متساوية فيه فيقسم بينهما نصفين فيصير لمدعى الكل سبعة أسهم من اثنى عشر سهمًا ولمدعى النصف سهم من اثنى عشر سهمًا ثم يبقى الثلث وهم يتداعونه بالسوية وأيديهم عليه متساوية فيقسم بينهم على موجب دعواهم بالسوية فيكون لكل واحد سهم وثلث [فيصير لمدعى الكل ثمانية وثلث من اثنى عشر سهمًا ويصير لمدعى النصف سهمان وثلث من اثنى عشر سهمًا، ولمدعى الثلث سهم وثلث][2] فيضرب فى مخرج الكسر لتسلم السهام فيكون ستة وثلاثين وكذلك الاعتبار فى اختلاف التداعى فى الأنصباء.

ومن أصحابنا من يقول فى التداعى إذا اختلف ما يدعيه كل واحد منهما أنهما إذا أجمعت الدعاوى فكانت زيادة على المال كالعول قسم بينهم على موجب العول فضم الدعوتين ثم ينظر إلى ما اجتمع بيده فجعل النصاب الذى يقسم عليه وهذا على القول بأن القسم موجب الدعوى وبيانه: إذا تداعى رجلان ثوبًا وادعى أحدهما جميعه والآخر نصفه يكون كأن المسألة عالت بالنصف فيكون من ثلاثة لمدعى الكل الثلثان ولمدعى النصف الثلث.

[وإذا ادعى أحدهما الكل والآخر النصف والآخر الثلث][3]: قسم المدعى بينهم على أحد عشر سهمًا لمدعى الكل ستة، ولمدعى النصف ثلاثة، ولمدعى الثلث اثنان قال: لأنهم إذا تساووا فى اليد وضاق المال على الدعاوى لم يكن أحدهم بأولى من الآخر فيجب أن يتساووا فى النقص.

فصل

ولو تداعيا ثوبًا بأيديهما فقال أحدهما: لى نصفه، والنصف الثانى لزيد، وقال

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الآخر لى نصفه، ونصفه لزيد ولا شىء لك فيه: قسم بينهما لأن كل واحد منهما يقر للغائب بنصيب الآخر الذى قد حازه فلا يكون للمقر له شىء.

فصل

إذا ادعى أنه تزوج امرأة تزويجًا صحيحًا سمعت دعواه ولم يكلف أن يذكر شرائط النكاح خلافًا لأحد قولى الشافعى فى قوله إن الدعوى لا تسمع إلا بأن يذكر شروط الصحة فيقول تزوجتها بولى وشهود عدول بإذنها إن كانت ممن تستأذن[1]، ودليلنا أنه دعوى عقد صحيح فوجب استماعها، أصله إذا ذكر[2] شروط صحتها، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يسمع الدعوى فيه على الصحة مجملة من غير اعتبار بذكر شروط الصحة، أصله البيع.

فصل

إذا مات رجل وترك ابنين فادعى رجل على الميت دينًا فأقر له أحدهما فإن كان ممن تقبل[3] شهادته [وشهد له به حلف المدعى واستحق جميع الدعوى وإن كان ممن لا][4] تقبل شهادته ولكنه لم يكن يشهد لزمه نصف ما اعترف له به وهو مقدار ما كان نصيبه لو اعترف الابن الآخر أو قامت له بينة وقال أبو حنيفة يلزم المقر الأداء من حصته[5].

وإنما قلنا إنه إن شهد به لزم مع اليمين جميع الدعوى لأنها دعوى مال فقبل فيها الشاهد مع اليمين كسائر الدعاوى، وإنما قلنا إن شهادة الابن مقبولة لأن شهادة الأخ على أخيه مقبولة فيما يتعلق بدفع معرة عن الشاهد أو الأخ، ولأن التهمة عنه زائلة فى ذلك، وإنما قلنا إنه يلزمه بإقراره لأنه مقر بأن غيره يستحق مالاً فى يده فلزمه دفعه إليه.

---

(١) ذكره الإمام النووى. وقال: لو ادعى أنه نكح امرأة لم يقبل منه حتى يقول: نكحتها بولى وشاهدى عدل فمن الأصحاب من اكتفى فى دعوى النكاح بالإطلاق. انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٤)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤١٤).

(٢) ثبت فى (أ) إذا أنكر.

(٣) ثبت فى (أ) ممن لا تقبل.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٣/ ٢١٢).

وإنما قلنا إنه لا يلزم الآخر شيء بإقرار أخيه لأن إقرار الإنسان[١] على غيره غير مقبول، وإنما قلنا لا يلزم المقر أكثر من قدر ما كان يلزمه لو أقر الآخر لأن إقراره عليه وعلى أخيه فلم يلزم ظلم غيره، ولأنه معنى يستحق فى المال مقدم على الميراث فوجب إذا اعترف به بعض الورثة أن تلزمه فى حصته دون حصة من لم يعرف، أصله الوصية.

فصل

إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بينة لهما ولا لأحدهما نظر: فإن كان من متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها، وإن كان من متاع الرجال فهو للرجل مع يمينه، وقال سحنون ما يعرف لأحدهما فهو له بغير يمين وما كان يصلح لهما جميعًا فهو للرجل مع يمينه، وقال المغيرة هو بينهما بعد أيمانهما وسواء كان اختلافهما قبل الطلاق أو بعده كانت الدار بينهما أو لأحدهما أو بكراء كان الاختلاف منهما أو ورثتهما أو من ورثة أحدهما مع حياة الآخر كانا حرين أو عبدين أو إحداهما كانت الزوجة مسلمة أو ذمية.

والمتاع الذى يصلح للنساء كالحلى وثياب النساء والغزل والجهاز والمتاع والذى يصلح للرجل كالسيف والدرع والرمح وسائر السلاح وثياب الرجل وكتب العلم والأدب، والذى يصلح لهما جميعًا كالدراهم والدنانير وغير ذلك مما لا يختص فى العرف بأحدهما سواء كانت أيديهما عليه شاهدة مثل أن يكونا قابضين عليه حكمًا مثل خشب موضوعة فى الدار[٢].

ووافقنا أبو حنيفة فى ذلك كله إلا فى الذى يصلح لهما فإنه فرق فى ذلك بين الرجل إذا كان حيًا أو ميتًا فقال: إن كان حيًا فهو له وإن كان ميتًا فهو للمرأة[٣]، وقال الشافعى من أقام البينة على شيء فهو له وإلا كان بينهما بعد أيمانهما[٤].

---

(١) الإنسان: سقطت من (أ).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٩٢٨/٢).

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية (١٨٦/٣)، انظر الاختيار للموصلى (١٦٤/٢).

(٤) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٣١٧/٢) انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص٥٧٠).

فصل

وإنما قلنا إن ما يصلح لأحدهما يكون له لأن اليد لما كانت مؤثرة فى الملك ودلت عليه بدليل أن من ادعى عمامة على رأس رجل فإن القول قول من هى عليه، وقد ثبت أن لكل واحد من الزوجين يداً فى الدار بدليل أن أجنبيًا لو ادعى بعض ما فيه فتنازعاه أو أحدهما فيكون القول قوله دون الأجنبى فوجب إذا تنازعا أن يعتبر أظهرهما فى الدعوى ومن يشهد له العرف بقوة دعواه وقد ثبت أن اليد تتفاضل فيكون بعضها أقوى من بعض كالراكب والممسك باللجام ، وإذا ثبت ذلك وجب أن يكون أقوى اليدين أولاهما بالمدعى لشهادة العرف له.

ولا يلزم عليه الدباغ والعطار إذا تنازعا فادعى الدباغ المسك وادعى العطار الجلود لأن أيديهما غير متساوية وقد ورد الظاهر والسنة بما قلناه وهو قوله تعالى: ﴿**وأمر بالعرف**﴾ [الأعراف:١٩٩]، وقوله عز وجل فى قصة يوسف [عليه السلام][١] ﴿**إن كان قميصه قد من قبل فصدقت**﴾ [يوسف:٢٦] فجعل قوة دعوى كل واحد منهما على ما يشهد عليه الغالب فكذلك فى مسألتنا الغالب والعرف أن النساء يتخذن ما يصلح لهن والرجال يتخذون ما يصلح لهم وإذا صح ذلك ثبت ما قلناه، وروى: (أن رجلان تنازعا فى خص فحكم به لصاحب القمط[٢])[٣] وهو يؤيد ما نقوله من الحكم بالأشبه فى الدعاوى.

فصل

ووجه قوله إنه يحكم به لمن يصلح له بيمينه أن الحكم فى الأصول لا يكون إلا بشيئين فلم يجز الحكم له بمجرد العرف لأن ذلك حكم بسبب واحد، ووجه قول سحنون إنه له بغير يمين أن يده والعرف الشاهد له سببان فلم يحتج إلى يمينه.

ووجه قول مالك إن ما كان لهما كان للرجل أن جنبته[٤] أرجح لأن البيت له وهى تابعة له فيه والظاهر ما يكون فى بيت الرجل له إلا ما يشهد العرف أن الأغلب كونه للمرأة.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت فى (أ) لصاحب المقص.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (ب، هـ) جهته.

وإنما شرطنا اليمين ليحصل له سببان يحكم له بهما، ووجه قول المغيرة أنه بينهما وأن أيديهما متساوية ولا شبهة فيحكم به، والبيت منسوب إليهما لا إلى الرجل وحده فلم يبق إلا أن يكون بينهما بعد[1] أيمانهما كالمتداعيين شيئًا بأيديهما.

فصل

وإنما لم يفرق بين أن يكونا حرين أو عبدين وسائر ما ذكرناه لأن كل ذلك لا يؤثر فى الدعوى بقوة ولا ضعف ولا شبهة فلذلك استوى الحكم فى جميعه وإنما لم نفرق بين الحياة والموت لأن الورثة يقومون مقام مورثهم على سبيل ما كان له أن يفعل ألا ترى أنه لو اشترى بالخيار لم يكن لهم أن يفرقوا المبيع على البائع وكان لهم اختيار الجميع أو رده وكذلك هاهنا.

فصل

إذا مات رجل وعليه دين وله دين فيه شاهد واحد فللورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويستحقوا الدين، فإذا حلفوا وأخذوا المال قضى منه الدين ثم أخذوا [الباقى ميراثًا فإن لم يفضل شىء فهم مخيرون إن شاءوا حلفوا مع الشاهد ويستحقون الدين فإذا حلفوا أخذوا المال فقضوا منه الدين ثم أخذوا][2] فضلاً إن كان وإن شاءوا لم يحلفوا وليس للغرماء إجبارهم على اليمين فإن لم يحلفوا حلف الغرماء واستحقوا الدين فى ديونهم فإن كان فيه فضل عن ديونهم لم يستحقه الورثة فإن أرادوا من بعد أن يحلفوا لم يكن لهم ذلك إلا أن يكون لامتناعهم أولاً وجه مثل أن يقولوا لم نعلم أنه يفضل منه شىء وكنا نرى أن الدين يستغرقه فيكون لهم أن يحلفوا [ويستحقوا الباقى، وإن كان امتناعهم على وجه النكول والترك لم يكن لهم أن يحلفوا من بعد، وكذلك][3] لو ادعى إنسان على الورثة أن ميتهم أوصى له بمال وأقام على ذلك شاهداً واحداً فله أن يحلف معه فإن نكل الوارث أو مدعى الوصية للورثة وبرأ وحلف الورثة لمدعى الوصية وبرؤوا من نكل منهم لزمه ما يدعى عليه مع الشاهد، ويقيم الورثة الدين بقدر مواريثهم والموصى لهم يقسمون على حسب ما يدعى من الوصية، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم فلمن

---

(١) ثبت فى (أ) مع.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

حلف نصيبه من الدين أو الوصية ولا شيء لمن لم يحلف، ولا يشارك الحالف في قسطه ولكن يعرض اليمين على المدعى عليه ويكون الحكم على ما بيناه.

فصل

وإنما قلنا إن للورثة أن يحلفوا مع شاهد ميتهم لأنهم يقومون مقام [الموروث في حقوق الإرث فلما كان للميت لو كان باقيًا أن يحلف مع شاهده كان ذلك][1] للورثة بعده، وإنما قلنا إنهم إذا أخذوا المال بالشاهد وأيمانهم قضوا منه الدين ثم ورثوا الباقي لأن الدين مقدم على الميراث[2] لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١١] فإذا قضوا استحقوا الباقي لوجوبه لهم.

وإنما قلنا إنه إذا كان الدين مستغرقًا للتركة فلا شيء للورثة لأن الإرث بعد الدين[3] فإذا تزاحما فالدين مقدم عليه، وإنما قلنا إن لهم أن يحلفوا مع استغراق الدين للإرث ولا يضرهم أن يستحق المال غيرهم لأن الحق في التقديم لهم لأنهم يقومون مقام الميت، ولأنهم لو أدوا الدين من غير التركة لكان ذلك لهم ولم يكن للغرماء الاعتراض عليهم.

وإنما قلنا إنهم مخيرون لأن الحق في ذلك لهم فإن شاءوا أخذوه وإن شاءوا تركوه، وإنما قلنا إنه ليس للغرماء إجبارهم على الحلف لأنهم يقولون لا فائدة لنا في اليمين على ما إذا استحق لم يكن لنا فيه حظ وكذلك إن كان فيه فضل فلهم أن يقولوا لسنا نختار أن نأخذ بيمين فيكون ذلك لهم.

وإنما قلنا إن للغرماء أن يحلفوا إذا نكل الورثة خلافًا للشافعي في قوله ليس لهم ذلك[4]، لأن الدين حق متعلق بالتركة[5] فجاز لمستحقه أن يحلف مع شاهد الميت، أصله حق الإرث، وإنما قلنا إنه إن كان فيه فضل عن ديونهم لهم يستحقه الورثة لأن الإنسان لا يستحق بيمين غيره شيئًا إذا كان ممن له أن يحلف، وإنما قلنا إن لهم أن يحلفوا ويستحقوا الفضل لأنهم يستحقون ما يتركه الميت فكان لهم أن يحلفوا عليه وليس امتناعهم أولاً من اليمين بمانع لهم الآن منها لأنهم يقولون لم نر أن نحلف على

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ثبت في (ب) على الوارث.

(٣) ثبت في (ب) نفعًا للورثة.

(٤) لم أجد هذه المسألة فيما عندي من مصادر.

(٥) ثبت في (ب) بالشركة.

ما يأخذه غيرنا، فأما إذا فضل ما نأخذه فإنا نحلف عليه وهذا عذر مسوغ[١]، وإنما يمنع أن يحلفوا بعد ترك اليمين لأن نكولهم قد أسقط حقهم، وإنما قلنا إن للمدعى له أن يحلف مع شاهده لأنه يستحق من تركة الميت وما وصى له به، فإن لم يحلف فقد تقدم بيان النكول ورد اليمين وكذلك باقى المسألة.

فصل

كل دعوى لا يقبل فيها شاهد وامرأتان ولا شاهد ونكول[٢] ولا يقبل فيه إلا شاهدان فلا يجب اليمين فيها على المدعى عليه بمجرد الدعوى، وذلك مثل دعوى النكاح والرجعة والطلاق وقتل العمد وما أشبه ذلك، فإذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته أو امرأة على رجل أنه زوجها أو أنه طلقها فلا يمين على المنكر منهما بمجرد الدعوى [وذلك مثل دعوى الناكح][٣] فإن أقام المدعى شاهداً واحداً حلفا المدعى عليه وإن نكل ففيها روايتان: إحداهما أنه يحكم عليه، والأخرى أنه يحبس حتى يحلف فإن طال حبسه خلى، واليمين على هذه الرواية استظهاراً واحتياطاً.

وإذا قلنا إنه لا يحلف بمجرد الدعوى فلا يتصور على هذا رد اليمين على المدعى لأن ذلك لا يكون إلا بنكول المدعى عليه، والنكول لا يكون بعد توجه اليمين إليه، وعند الشافعى فى هذه المسائل أن اليمين تلزم المدعى عليه فإن نكل ردت على المدعى فإن حلف حكم له[٤]، فدليلنا على أن اليمين لا تلزم ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف بدعواها إلا أن تأتى بشاهد فإن كان معها شاهد حلف»[٥] وهذا نص، ولأن ذلك ذريعة إلى امتهان النساء بالأزواج فلا تشأ امرأة أن تؤذى زوجها إلا ادعت عليه الطلاق لتحلفه وذلك إضرار بالناس فيجب منعه على ما بيناه من الذرائع، ولا يلزم عليه دعوى الأموال لأنها أخفض رتبة والإجماع على خروجها عن حكم هذا الأصل.

---

(١) مسوغ: سقطت من (أ).

(٢) قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: النكول: امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٦١١/٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (٤٣/١٢) رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص٥٦٩).

(٥) أخرجه ابن ماجه فى الطلاق (٦٥٧/١) ح (٢٠٣٨) بنحوه فى الزوائد: هذا إسناده صحيح، ورجاله ثقات.

فصل

ودليلنا أن اليمين لا ترد فيما لا تقبل فيه إلا شاهدين أنا وجدنا الشاهد والمرأتين أقوى من اليمين والنكول لأن النكول من غير جنبة المدعى، ولأنه لا يحتاج إليهم[1] مع المرأتين، وإذا ثبت ذلك كان الطلاق والنكاح لا يحكم فيه بشاهد والمرأتين كان بأن لا يحكم فيه الشاهد والنكول وبالنكول واليمين أولى.

فصل

إذا كان له بينة حاضرة وكان عالمًا بها قادراً على إقامتها فعدل عنها إلى يمين المدعى عليه ثم أراد إقامتها من بعد ففيها روايتان[2]: إحداهما أن ذلك له والأخرى أنه ليس له ذلك.

فوجه الأولى أنها حال لو أقر فيها المدعى عليه لثبت الحق عليه فوجب إذا أقام فيها المدعى البينة أن يكون له ذلك، أصله قبل أن يحلف، ولأنها بينة لو أراد إقامتها قبل اليمين لكان له ذلك فوجب ألا يقطعها اليمين، أصله إذا كانت غائبة أو كان لا يعلم بها، ووجه الثانية قوله ﷺ: «شاهداك أو يمينه»[3] فجعل له أحدهما إذا استوفاه لم يكن له الآخر، ولأنه لو قال للحاكم أريد أن تجمع لى بين الأمرين بين يمينه وبينتى لم يكن له ذلك فدل على ما قلناه، ولأن عدوله إلى اليمين مع قدرته على البينة رضًا بها فلم يكن له نقض موجبها كما لو صالح ثم أراد الرجوع فى الصلح.

فصل

يمين الإنسان على فعل نفسه يكون على القطع[4] وعلى فعل غيره يكون على العلم مثل أن يدعى على رجل مالاً فيقر له به ويزعم أنه قضاه إياه فيحلف أنه ما قضاه قطعًا، ولو ادعى أن لأبيه عليه مالاً وأنه ورثه عنه فزعم المدعى عليه أنه قد قضاه إياه حلف على العلم أنه لا يعلم أباه اقتضى منه شيئًا، والفرق بينهما أنه يقدر على العلم باقتضائه نفسه ولا يصل إلى العلم باقتضاء أبيه والصغير يحلف مع شاهد أبيه على إثبات الحق

(١) ثبت فى (ب) إليه.

(٢) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٦، ٦٠٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩١٠).

إذا بلغ، ولو كان للميت شاهد بحق له ولد صغير سمع الحاكم شهادة شاهده ثم عرض اليمين على المدعى عليه فإن حلف لم يسقط الدعوى عنه ويؤخر إلى أن يبلغ الصبى فيحلف ويأخذ[١]، وإنما عرضنا اليمين على المدعى عليه لجواز أن ينكل فيثبت الحق ولا يحتاج إلى انتظار بلوغ الصبى[٢] فلما لم ينكل كان الحق باقيًا للصبى.

فصل

إذا كانت فى يد رجل دار حائز لها يتصرف فيها مدة عشر سنين فأكثر بالبناء والهدم والإجارة والعمارة ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه وإنسان يراه ويشاهده طول هذه المدة ولا يعارضه فيها ولا يذكر أن له فيها حقًا ولا مانعًا يمنعه مطالبته من خوف سلطان أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ولا بينه وبين المتصرف فى الدار قرابة أو شركة فى ميراث أو ما أشبهه مما يتسامح به القرابات والصهر بينهم فى إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان عريًا من ذلك أجمع، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويزعم أنها له ويقيم بينة بذلك فعندنا أن بينته غير مسموعة ويكون صاحب اليد أولى بها[٣].

وإنما قلنا ذلك لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها غير مقبولة لقوله تعالى: ﴿وأمر بالعرف﴾ [الأعراف:١٩٩]، وأوجب الرجوع إليه [عند الاختلاف][٤] فى الدعاوى كالنقد والحمولة والسير وغير ذلك وفى الأبنية ومعاقيد القمط ووضع الجذوع على الحائط فكذلك فى هذا الموضوع، وقد علمنا أن الإنسان فى العادة إذا كان له ملك يراه فى يد غيره يتصرف فيه تصرف ذى الملك التام[٥] بالهدم والبناء والعمارة والإجارة والرهن وغير ذلك وينسبه إلى ملكه وهذا حاضر يراه ويشاهده ولا ينازعه ولا يدعى معه شيئًا ولا مانع يمنعه من مطالبته ولا يذكر أنه ملكه ولا يعارض فيه بل ساكت ثم يأتى بعد سنين طويلة ومدة بعيدة فزعم أنه ملكه ويقيم البينة على ذلك فإن ذلك خلاف العادة لأن الإنسان لا يسكت[٦] على ما يجرى هذا المجرى ولذلك قلنا إنه إن كان غائبًا

(١) ذكره ابن عبد البر (٢/ ٩١٠). انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩١٠).
(٢) ثبت فى (ب) إلى انتظار بلوغه.
(٣) انظر المدونة (٤/ ٨٩)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٣٨).
(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٥) التام سقطت من (ب).
(٦) ثبت فى (أ) لا يسكتون.

سمعت بينتــه لأنه لا عرف يكذب قوله وكذلك إذا كانت فى يد سلطان يخـافه إن أقام البينة.

وإنما قلنا: إن الحيازة من الأقارب لا تمنع الدعوى كـجرى العادة بإبساط بعضهم فى إضافة الملك المشترك إليه وترك تشـاحيهم فيها وإنما تبقى[1] مدة طويلة غير مـقسومة بل على شركة المواريث المتداولة ففارقوا الأجانب.

فصل

التغليظ فى الأيـمان عندنا بالمكان والزمان خـلافًا لأبى حنيفة فـى قوله لا يغلظ فى المكان[2] لقوله ﷺ: «من حلف على مـنبرى هذا على يمين كـاذبة ولو على سواك من أراك فقد تبوأ مقعدًا من النار»[3]، ولأن أبا بكر وعمر رضوان الله عليهـما استحلفا عند المنبر[4]، وروى أن عمر رضى الله عنه طولب بذلك فى يمين توجهت عليه فافتدى ولم يحلف[5]، وروى عن على رضى الله عنه أنه قال لرجل ـ حلف بالطلاق فقال لامرأته: حبلك على غاربك ـ: تحلف بالله عند المنبر لما أردت الطلاق[6]، ونحوه عن ابن عباس[7] فدل على أنه إجماع، ولأن اليمين تراد لزجر وردع وليتحرج الحالف ويمتنع من الإقدام على يمين إن كان مبطلاً بهـا ويخرج من حق إن كان، وقد ثبت أن الحلف فى المواضع التى تعظم وتشـرف أبلغ فى الردع وأوقع فى الزجـر من الحلف فى غـيرها فـوجب أن يكون أولى.

إذا ثبت هذا فالمواضع فى البلد الذى يكون فيه الخصومة: ففى المدينة عند منبر رسول

---

(١) تبقى: سقطت من (أ).

(٢) ذكره الشيخ الموصلى قـولاً بصيغة التـمريض وقال: وقيل: يحلف فى زماننا لـقلة مبالاة الناس باليمين الكاذبة. والأول أنه لا تغلظ بزمان ولا مـكان لأن تعظيم المقسم به حاصل فى كل زمان ومكان. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ١٥١)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ١٧٩).

(٣) أخرجه أبو داود فى الأيمان والنذور (٣/ ٢١٩) ح (٣٢٤٩)، وابن ماجه فى الأحكام (٢/ ٧٧٩) ح (٢٣٢٥)، ومالك فى الموطأ فى الأقضـية (٢/ ٧٢٧) ح (١٠)، وأحمد فى المسند (٢/ ٤٤٠) ح (٨٣٨٣).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٩٦) ح (٢٠٦٩٤ ـ ٢٠٦٩٥).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٧/ ٥٦٣) ح (١٥٠١٣).

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٩٧) ح (٢٠٦٩٩).

الله ﷺ لأنه أشرف المواضع بها، وللخبر الذى رويناه، وفى سائر البلاد فى أشرف البقاع بها وأعظمها حرمة وذلك فى المسجد الجامع أو غيره مما يشرف به ويعظم، وتغلظ على اليهود والنصارى فيحلف اليهودى فى بيعته والنصرانى فى كنيسته لأن هذه المواضع هى أعظم مواضعهم عندهم، ولأن التغليظ بذلك إنما الغرض به الردع والزجر فهى فى المواضع التى يعتقدون تعظيمها أبلغ فيما يراد.

فصل

فأما الحقوق التى تغلظ فيها فينظر فإن كانت الدعوى فى غير المال مثل الدماء والطلاق والعتاق وما أشبه ذلك فإن اليمين[1] تغلظ فى ذلك كله، وإن كانت الدعوى فى مال فلا تغلظ فيه عند المنبر فى التافه اليسير وهو ما دون ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق وتغلظ فى ربع دينار وفى ثلاثة دراهم فصاعداً، وقال الشافعى: تغلظ فى العشرين ديناراً دون ما قصر عنها[2]، وقال بعض المتأخرين تغلظ فى القليل والكثير[3].

ودليلنا على أنه لا تغلظ فى اليسير ما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى رجلاً يحلف عند المنبر فقال: أعلى دم، فقال: لا، فقال: على عظيم من المال، فقال لا، فقال خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان[4]، ولم ينكر ذلك عليه أحد فثبت تقدير المحلوف عليه، ولأن المقصود من التغليظ الردع والزجر بحرمة الموضع المحلوف عنده فيجب أن يكون ذلك فيما له خطر وقدر إعظامًا للموضع وتأكيداً لحرمته، ودليلنا على أنه تغلظ فى ربع دينار أنه قدر من المال تثبت به حرمته فى الشرع بدليل أنه يقطع فيه اليد وأنه أقل ما يستباح به البضع فجاز التغليظ فيه كنصاب الزكاة، ولأنه خارج عن التفاهة والنذارة بدليل ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: لم يكن رسول الله

---

(١) ثبت فى (ب) الأيمان.

(٢) ذكره الإمام النووى. ثم قال: أما ما دون ذلك فلا تغليظ فيه إلا أن يرى القاضى التغليظ لجرأة الحالف فله التغليظ. وهذا القول هو قول الحنابلة. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٣٢)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٢٠)، انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١١٦).

(٣) هذا القول هو قول ابن جرير. حكاه عنه الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (١٢/ ١١٦).

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٩٧) ح (٢٠٦٩٦).

ﷺ يقطع فى التافه وكان يقطع فى ربع دينار[١].

فصل

وأما التغليظ فى الزمان فيستحب فى الدماء واللعان أن يكون الحلف بعد صلاة العصر لقوله عز وجل: ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله﴾ [المائدة:١٠٦] قيل فى التفسير: بعد صلاة العصر، وفى الحديث أن النبى ﷺ قال: «ثلاثة لا ينظر إليهم: فذكر من حلف يمينًا كاذبة بعد العصر ليقتطع بها مال امرئ مسلم»[٢]، ولأن أدبار الصلوات أوقات مشرّفة معظمة ترتجى فيها إجابة الدعاء ويتقرب الإنسان إلى الله تعالى بالتسبيح والذكر فيها فهى أبعد من اكتساب الآثام بالأيمان الكاذبة، واختير بعد صلاة العصر لأنه وقت يجتمع فيه الناس وربما ردع ذلك الحالف به.

فصل

لا مدخل للتغليظ فى الأيمان بالألفاظ ولا تزاد فى الحلف على أن يحلف بالله الذى لا إله إلا هو فقط، وقال الشافعى: يزاد على ذلك عالم خافية الأعين وما تخفى الصدور والذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية[٣] وما أشبه ذلك[٤] ودليلنا أن هذه الصفات لا غاية لها ولا حصر فلم يكن بعضها بأن تغلظ اليمين به بأولى من بعض فوجب، الاقتصار على الحلف باسمه تعالى ووصفه الأخص الذى لا زيادة عليه وله مزية على سائر الصفات.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى فى الشرب والمساقاة (٥/ ٤٢) ح (٢٣٥٨)، ومسلم فى الإيمان (١/ ١٠٣) ح (١٠٨/١٧٤).

(٣) ثبت فى (ب) الجهر.

(٤) قال الإمام النووى التغليظ بالتعديد فى الأسماء والصفات بأن يقول: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية أو والله الطالب الغالب المدرك المهلك الذى يعلم السر وأخفى وهذا الضرب مستحب فلو اقتصر على الله كفى. واستحب الشافعى رحمه الله أن يقرأ على الحالف «إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنًا قليلاً..» وأن يحضر المصحف. انظر روضة الطالبين (١٢/ ٣١)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٤٢١).

فصل

ولا يزاد فى إحلاف اليهودى أن يقال الذى أنزل التوراة على موسى ولا فى إحلاف النصرانى أنزل الإنجيل على عيسى خلافًا للشافعى[١] لأن ذلك معنى زائد على التغليظ فى صفات اليمين لا يجب فى حق المسلم فنقول لأنها يمين وجبت فى حق فلم يزد فيها على لفظ الإخلاص، أصله فى حق المسلم، ولأنه كافر فلم يزد فى إحلافه على اسم الله وصفة الإخلاص كالوثنى، ولأن زيادة هذه الصفات إن كانت لاختصاص الكتابيين بها فيجب أن يزاد الذى كلم موسى على الطور وغير ذلك فيجب أن يزاد على الوثنى اللاة والعزى لأن ذلك هو الذى يعظم وذلك باطل.

فصل

يحلف قائمًا فى كل الحقوق[٢] لأن ذلك أبلغ فى الردع والزجر وأما استقبال القبلة فقيل إنه لا يحتاج إليه لأنه لما لم يغلظ بأن يحلف عندها لم يغلظ باستقبالها كسائر المواضع وقيل يستقبل بالحالف القبلة لقوله ﷺ: «خير المجالس ما استقبل به القبلة»[٣] لأن ذلك أردع له وأزجر، ولأن استقبال القبلة يعظمها المسلمون ما لا يعظمون[٤] الانحراف عنها ألا ترى أنه يفعل بالمحتضر وفى الدفن وعند الذبح والأذان فكذلك فى اليمين.

فصل

يجوز افتداء اليمين وهو أن يبذل شيئًا لتسقط عنه لأنه إجماع الصحابة وروى أن عثمان رضى الله عنه خاصمه يهودى إلى عمر وادعى عليه أربعة آلاف درهم فوجبت[٥]

---

(١) ذكره الشيخ زكريا الأنصارى. انظر المنهج مع حاشية الجمل (٥/ ٤٢١)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٤٧٣).

(٢) قال ابن عبد البر: واليمين قائمًا عند مالك أصوب. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٢٤)، وقال الشيخ الآبى: ويحلف قائمًا تغليظًا عليه فلو حلف جالسًا لم يجز بناء على أن التغليظ واجب على المعتمد. انظر الثمر الدانى (ص ٦٠٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (أ) يعلمون.

(٥) ثبت فى (ب) فتزحمت.

عليه اليمين فأبى أن يحلف وغرم المال فلما فعل ذلك قال: والله ما له عليَّ شيء فقال عمر ما حملك على ما فعلت قال خفت أن يصادف يمين قدرًا[١] فيقول الناس ظلم عثمان اليهودى ولم ينكر عليه عمر[٢]، ولأن ابن مسعود أُخذ بأرض الحبشة فصالح[٣] عن نفسه بدينارين[٤]، ولأن فى الاستحلاف مذلة[٥] وامتهانًا فجاز للإنسان الافتداء منها صيانة للعرض وقد قال ﷺ: «ما وقى به المرء عرضه فهو صدقة»[٦].

فصل

وإذا كانت المرأة من ذوات الأقدار والشرف جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها لأن فى ذلك صيانة لها وإقلالاً من تبذيلها، ولا مقال للخصم فى ذلك لأن الذى يجب له إحلافها دون تبذيلها وإن كانت ممن لا تخرج نهارًا جاز أن تؤخر لتخرج ليلاً زيادة فى الصيانة وقلة التبذل[٧].

فصل

من أراد أن يكتب على غيره كتابًا بذكر حق أملاه الذى عليه الحق وإن أملاه الذى له الحق بحضرته ورضاه فلا بأس به وإن ارتضيا بمن يمليه غيرهما جاز وأجرة الكتاب عليهما وإن كان الدين لجماعة فأجرة الكتاب عليهم بالسوية اتفقت سهامهم أو اختلفت.

وإنما قلنا إنه يمل الذى عليه الحق لقوله تعالى: ﴿**وليملل الذى عليه الحق**﴾ [البقرة:٢٨٢]، ولأن الذى له الحق قد يزيد[٨] فيما له عليه ويتغافل عنه الذى عليه الحق فإذا أملاها الذى عليه الحق كان ذلك أمنا لها يخاف منه وقد وعظ الله الذى عليه الحق فقال: ﴿**وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئًا**﴾ [البقرة:٢٨٢]، ولأنه قد يزيد الذى له الحق

---

(١) ثبت فى (أ) القدر.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٩٧) ح (٢٠٦٩٨).

(٣) ثبت فى (ب) فصانع.

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١٠/ ٢٣٥) ح (٢٠٤٨٢).

(٥) ثبت فى (ب) بذلة.

(٦) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٢/ ٥٠)، وذكره الحافظ العجلونى وعزاه إلى العسكرى والقضاعى عن جابر مرفوعًا. انظر كشف الخفاء (٢/ ٢٥٥) ح (٢٢٥٥).

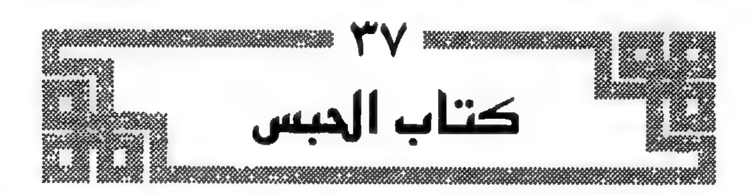
(٧) انظر المدونة (٤/ ٧١)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ٩٤٢).

(٨) ثبت فى (ب) ينسى.

فى التوثق على ما يجب له وذلك غيـر جائز، ولأن الذى عليه الحق إذا أملاه صار ذلك إقراراً منه فيعتد به وإذا أملاه الذى كان مدعيًا والدعوى لا يعتد بها فيقال للذى عليه إذا أملاه أنت لتقر بهـا عليك فإن كان سها أو غير عـالم بالشروط أملّ ذلك وليه الذى إليه أمره أو وكيله لأنه إذا كان عن أمره فإقراره حاصل.

وإنما قلنا إن أملاه صاحب الحق بحضرته ورضاه جـار لأن التهمة تزول عنه وتصير كأن الذى هو عليـه أمله فيكون إقراراً، وإنما قلنا إن الأجـرة عليهما لأن الكاتب أجـير لهما، وإنما قلنا إنـها تكون على أهل الدين بالسوية وإن اختلفت أنصـباؤهم لأن التعب فى ذلك واحد فليس نصيب واحد منهم أكثر من نصيب الآخر والله أعلم.

* * *



٣٧ كتاب الحبس

والوقوف والصدقة والعمرى والرقبى وما يتصل بذلك

قال القاضي: الحبس والوقف[١] صحيح لازم لا يفتقر لزومه إلى حاكم به وهو قول الشافعي[٢]، وقال أبو حنيفة لا يلزم الوقف ولا يزول عن ملك الواقف قبض أو لم يقبض وله الرجوع عنه بالبيع والهبة، ويورث عنه إن مات إلا أن يحكم به حاكم أو يكون الوقف مسجداً أو سقاية أو يوصى به فيكون في ثلثه[٣].

فدليلنا فعل رسول الله ﷺ[٤]، وإجماع الصحابة بعده من غير خلاف منهم الأئمة الأربعة وطلحة والزبير وزيد بن ثابت وعائشة وأبو رافع وخالد بن الوليد وابن عمر وغيرهم[٥] رضوان الله عليهم، وكذلك قال مالك: هذه صدقات رسول الله ﷺ وأصحابه والخلفاء[٦] معروفة عندنا وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن عمر قال للنبي ﷺ إني أصبت أرضاً بخيبر وهي من أنفس مال أصبته وإني أريد أن أتصدق بها فقال له

---

(١) قال الفيروزآبادي: الحبس: المنع وكل شيء وقفه صاحبه. انظر القاموس المحيط (٢/٢٠٦).
وقال: والوقف الحبس. انظر القاموس المحيط (٣/٢٠٥).
وفي الاصطلاح: قال الشيخ الرصاع: الفقهاء بعضهم يعبر بالحبس وبعضهم يعبر بالوقف والوقف عندهم أقوى من التحبيس وهما في اللغة مترادفان، وقال الشيخ ابن عرفة: هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/٥٣٩).
وقال الشيخ الأبي: الحبس إعطاء المنافع أما على سبيل التأبيد أو على مدة معينة ثم يرجع ملكاً. انظر الثمر الداني (ص ٥٥٦).

(٢) ذكره الشيخ الموصلي، انظر الاختيار (٢/٢٩١)، انظر الهداية للمرغيناني (٣/١٥).

(٣) ذكره الشيخ الخطيب الشربيني، انظر مغني المحتاج (٢/٣٨٩).

(٤) أخرجه البخاري في الشروط (٥/٤١٨) ح (٢٧٣٧)، ومسلم في الوصية (٣/١٢٥٥) ح (١٥/١٦٣٢).

(٥) انظر المحلى لابن حزم (٩/١٨٠).

(٦) الخلفاء سقطت من (أ).

ﷺ: «حبس الأرض وسبل الثمرة»[١] وفى طريق آخر فتصدق به عمر وكتب هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، على الفقراء وذوى القربى وفى سبيل الله وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف[٢]، ففيه أدلة: أحدها قوله ﷺ: «حبس الأرض» وذلك يقتضى التأبيد وانتفاء الرجوع فيه، والثانى أن عمر استشار رسول الله ﷺ فى ذلك فأشار عليه به فدل على أنه يلزم وإلا لم يكن قد دله على مراده، والثالث أنه كتب لا يباع ولا يوهب ولا يورث بعد إذنه ﷺ فيه لأنه تحبيس أصل على وجه القربة فلم يفتقر إلى حكم حاكم، أصله المسجد.

وقولنا أصل[٣] احترازاً من الحيوان والعروض على إحدى الروايتين، ولأنه ضرب من العطية يلزم بعد الوفاة بالوصية فوجب أن يلزم بفعله حال الحياة، أصله الهبة والصدقة، ولأنه إزالة ملك على وجه القربة فلم يفتقر إلى حكم حاكم، أصله العتق ويزيد[٤] فى الفرع إزالة ملك عن منافع الرقبة المحبسة.

فصل

ويجوز ذلك فى المحوز والمشاع خلافًا لأبى يوسف ومحمد[٥]، لحديث عمر أنه أصاب مائة سهم وذلك يقتضى أنه مشاع، ولأنها عرضة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمحوز.

وعنه فى حبس غير العقار من الحيوان روايتان: إحداهما المنع، والأخرى الجواز، ومن أصحابنا من يقول إن حبس الخيل جائز، وإنما الخلاف فى غيرها[٦] فوجه المنع أن الأخبار إنما وردت فى العقار دون غيره فلم يجز تعديه، ولأن الحبس والوقف إنما يراد

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب أصلاً).

(٤) ثبت فى (ب) تريد.

(٥) قال الشيخ المرغينانى: ووقف المشاع عند أبى يوسف لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمتهُ، وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط. انظر الهداية (٣/١٦)، انظر الاختيار للموصلى (٢/٢٩٢).

(٦) ذكرهما ابن عبد البر فى الكافى وقال: وتحبيس الخيل فى سبيل الله جائز واختلف قول مالك فى تحبيس غير الخيل من الحيوان فكرهه مرة وجوزه أخرى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٢٠)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٧٦,٧٧).

للتأبيد والدوام وذلك لا يمكن إلا فى العقار فلم يجز فى غيره مما يتغير ولا يدوم، ألا ترى أن الشفعة لما استحقت لإزالة الضرر على وجه الدوام اختصت بالعقار دون غيره لأن الدوام لا يوجد فى غيره غالبًا لسرعة تغيره، ووجه الجواز قوله ﷺ: «إنكم تظلمون خالداً إنه حبس أذرعه وأعبده فى سبيل الله»[1] والأذرع الخيل وروى أن أبا معقل وقف بعيراً له فقيل لرسول الله ﷺ فلم ينكر وإن أم معقل قالت: يا رسول الله أريد الحج وإنه وقف السبيل فأركبه فقال: «اركبيه، فإن الحج من سبيل الله»[2]، ولأنه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار.

فصل

الربع الموقف أو المحبس حبسًا محرمًا لا يجوز بيعه إذا خرب ولا الاستبدال به بوجه لأن فى بيعه إبطال شرط الواقف وحلاً لما عقده وذلك غير جائز، واعتباراً به إذا لم يخرب، ولأن العمارة تنتقل من مكان إلى مكان فلم يكن فى تبقيته إتلاف له لجواز عودة العمارة إليه، ولأن فى بيعه إبطالاً لحق من جعل له فيه حق بعد هذا البطن[3] ولا سبيل إلى ذلك وجواز بيعه[4] محكى عن ربيعة وأظن بعض أصحابنا يذهب إليه ولست أحققه[5] فى هذا الوقت[6].

فصل

وأما الفرس أو غيره إذا كلب أو حطم أو هرم وخيف عليه العطب فيجوز بيعه عند

---

(١) أخرجه البخارى فى الزكاة (٣/ ٣٨٨) ح (١٤٦٨)، ومسلم فى الزكاة (٢/ ٧٦) ح (١١/ ٩٨٣).

(٢) أخرجه أبو داود فى المناسك (٢/ ٢١١) ح (١٩٨٨)، وابن ماجه فى المناسك (٢/ ٩٩٦) ح (٢٩٩٣) مختصراً.

(٣) ثبت فى (ب) النظر.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٠).

(٥) ثبت فى (أ) ونسيت تحققه وفى (هـ) ولنسنت المحققه.

(٦) قال ابن عبد البر: وقال مثل قول ربيعة عبد الملك فيما يئس من عمارته ولا ينتفع به أن يجعل ثمنه فى مثله وقال بقول ربيعة فى جواز بيع الأحباس طائفة من المالكيين. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٠)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٥٩).

وقال الشيخ ابن عرفة: وفى رواية أبى الفرج عن مالك: إن رأى الإمام بيع ذلك لمصلحة جاز ويجعل ثمنه فى مثله. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٩١).

ابن القاسم ولا يجوز بيعه عند عبد الملك[١]، فوجه قول ابن القاسم إنه إذا لم يبق فيه منفعة فى الحال ولا فى المترقب فى الوجه الذى حبس عليه لم يكن فى تبقيته فائدة إلا تعريضه للتلف وذلك غير جائز لأن إضاعة المال منهى عنها ومتى بيع هذا الفرس الذى قد كلب أو دخل العيب قوائمه لم يكن القتال عليه أمكن أن ينتفع به مشتريه فى غير ذلك الوجه بأن يطحن عليه أو يعمل عليه وابتيع بثمنه غيره فكان ذلك أولى من إضاعته، ولأن فى تبقيته ومنع بيعه إنما يراد لئلا يبطل شرط الواقف متى بيع وتبقيته تؤول إلى ذلك من غير نفع فكان إبطال الشرط بما يقوم مقامه ويسد بعض[٢] مسده أولى.

ووجه قول عبد الملك اعتباره بالرباع بعلة أنها عين أبد حبسها فلم يجز بيعها، فإذا ثبت هذا وبيعت على قول مالك وابن القاسم جعل ثمنها فى مثلها إن بلغ وإلا أعين به فى مثله وانتفع فى ذلك الوجه الذى حبس الأصل فيه لأن بدل الشىء يقوم مقامه وهذا كله على قول[٣] إن حبس الحيوان جائز، فأما إذا قال إن حبسه لا يصح فلا معنى لهذا الفرع ويجوز على الإطلاق.

فصل

الألفاظ التى ينعقد بها الوقف هى أن يقول وقفت وحبست وتصدقت وما أشبه ذلك مما يفيد معناه[٤] فأما لفظ الوقف فإنه صريح فى التأبيد فإذا قال وقفت هذا الدار وقال هذه الدار وقف كان هذا القدر كافيًا فى تأبيد[٥] تحريمها فلا يرجع ملكًا أبدًا وإن ضم إلى ذلك أن يقول وقف لا تباع ولا توهب ولا تورث فذلك تأكيد والاقتصار على لفظ الوقف كاف.

وإنما قلنا ذلك لأن مفهوم هذه اللفظة فى العرف أنه يقصد بها السبيل وتأبيد حبسها وتمليك منفعتها على الدوام فوجب الحكم بذلك فيها، فأما لفظ الحبس فهو أن يقول دارى هذه حبس فى وجه كذا أو لا يقول، لكن إن قال حبس فقط أو قال قد حبستها

(١) ذكره ابن عبد البر فى الكافى، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢٠).

(٢) بعض سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (ب) قوله.

(٤) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠١٣)، وانظر بلغة السالك (٢/ ٢٧٦).

(٥) ثبت فى (ب) تأثير.

فإنها تكون حبسًا[١] فى الوجه الذى جعله فيه وإن لم يذكر له وجهًا بل قال: حبس فقط صرف فى وجوه البر والخير، فأما الحكم فى تأبيده فينظر فإن لم ينضم إلى ذلك أن يقول: وقف لاتباع ولا توهب أو غير ذلك مما يفيد التأبيد وكانت على معين أو جماعة بأعيانهم غير مجهولين ولا موصوفين مثل أن يقول: حبس على فلان لرجل بعينه أو على قوم بأعيانهم ولم يذكر عقبًا ولا نسلاً فقد اختلف قوله فى ذلك هل يتأبد أم لا ففيه روايتان[٢]: إحداهما أنه لا يتأبد ويصرف أولاً فى الوجه الذى جعله فيه [فإذا زال عاد ملكًا له إن كان باقيًا أو لورثته إن كان ميتًا، والأخرى أنه يتأبد فيصرف أولاً فى الوجه الذى جعله][٣] فيه فإذا انقرض عاد حبسًا إلى أقرب الناس بالمحبس عليه، فإن لم يكن له قرابة عاد إلى الفقراء والمساكين، فأما إن انضم إلى لفظ الحبس فى المعنيين[٤] بعض ألفاظ[٥] التأبيد مثل أن يقول حبس وقف أو محرم أو مؤبد أو لا تباع ولا توهب أو جعل إطلاق لفظه فى مجهولين أو موصوفين كالفقراء والعلماء أو بنى تميم[٦] أو فلان وعقبيه أو على ولدى وعقبهم ولم يعين ولا ذكر مرجعًا فلا يختلف المذهب فى هذين الوجهين أنهما يفيدان التأبيد والتحريم، فأما لفظ الصدقة وهو أن يقول هذه الدار صدقة على فلان فإنه على وجهين: أحدهما أن يريد تمليكه الرقبة والآخر أن يريد الحبس فإن أراد المتصدق تمليك الرقبة جاز وكان ملكًا للمتصدق عليه كالهبة، وإن أراد معنى التحبيس فذلك على وجهين إن كان على رجل معين أو قوم معينين غير مجهولين ولم يذكر عقبى ففيها روايتان على ما بيناه فى لفظ الحبس:

إحداهما أنه لا يتأبد فيصرف أولاً فيمن نص عليه فإذا انقرض ذلك الوجه عادت ملكًا، والأخرى أنها تتأبد فتصرف فى الوجه الذى جعلت فيه فإذا انقرض عادت إلى الفقراء والمساكين، وأما إن جعلها فى قوم مجهولين أو موجودين لا يحاط بعددهم كبنى تميم وبنى تغلب أو على موصوفين كالعلماء والفقراء أو شرط فى المعينين أعقابهم فإنها تتأبد ولا تكون ملكًا وكذلك ذكر ابن عبد الحكم[٧] عن بعض أصحابنا فى هذا إذا قال

(١) ثبت فى (أ) حبسها.

(٢) ذكرهما ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠١٣/٢).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ثبت فى (أ) فى الهيئتين.

(٥) ثبت فى (أ) لفظ.

(٦) بنى تميم: سقطت من (ب).

(٧) ما أثبتناه من (أ) وفى (ب) ابن عبدوس.

صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبسا أنها تكون ملكًا لآخر عقيب من رجل أو امرأة ويتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره قال وأكثر أصحابنا يرونه حبسًا وهذا الذى قاله ليس بشىء والصحيح أنها تكون حبسًا، وأما إذا أطلق لفظ الصدقة ولم يضم إليه ما يقتضى معنى الحبس لا من لفظ التأبيد ولا من صفات المتصدق عليهم فلا يكون معنى الحبس لأن ظاهر الصدقة تقتضى تمليك الرقبة، وإنما ينصرف إلى الحبس بقرينة تنضم إليه، فأما إن جمع بين لفظ الحبس والصدقة فقال هذه الدار حبس صدقة أو قال حبس فإن ضم إلى ذلك لا تباع ولا توهب أو قال محرمة أو مؤبدة أو وقف فلا يختلف المذهب إنما تتأبد بذلك، وإن لم يقل إلا حبسًا صدقة أو صدقة حبسًا ولا ذكر مجهولين ولا عقبى فاختلف أصحابنا فى تخريج قول مالك فيها: فمنهم من قال إنها على روايتين كقوله حبسًا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة إنها ترجع حبسًا ولا تعود ملكًا هذه جملة مما ذكره أصحابنا فى ألفاظ الحبس والوقف ونحن نتكلم على تفصيلها.

فصل

قد بينا أن لفظ الوقف يفيد بمجرده التحريم والتأبيد، ووجه قوله فى الحبس المطلق على المعنيين أنه يرجع ملكًا هو أن مجرد لفظ التحبيس لا يقتضى التأبيد والتحريم لا من لفظه ولا من معناه لأن لفظه مجرد على التحريم ومعناه أن[1] المنفعة لمن جعلت فقط حبس عليهم لا تخرج عنهم فأما تحريمها بعد انقراضهم لأنه مما لا يستفاد به فإذا كان كذلك وجب عودها ملكًا للمحبس [لأنها على أصل ملكه لزوال الحق الذى يتعلق بها فإذا وصفت بالتأبيد والتحريم][2] فقد انضم إلى لفظه ما دل على المراد به فلذلك قلنا إنه مؤبد وكذلك إذا جعل على مجهولين أو موصوفين فإنه يقوم مقام التأبيد والتحريم ويدل على أن المحبس أراد ألا يرجع ملكًا لأنه ملك منفعتها لمجهولين لا يحاط بعددهم ولا يعلم انقراضهم وكذلك الموصوفين بصفة لأن ذلك ينتظم الموجودين والمعدومين فدل هذا على أنه قصد بذلك التحريم.

ووجه قوله أنها تكون حبسًا محرمة قوله ﷺ لعمر رضى الله عنه «حبس الأصل وسبل الثمرة»[3] وموضع التعلق منه أن عمر أراد أن يتصدق بالأصل صدقة تبتدأ وهى

(١) ثبت فى (أ) لأن.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) تقدم تخريجه.

تمليك رقبته فأشار عليه بأن يحبس أصله ويسبل الثمرة، فدل على أن الأصل يتأبد تحريمه ولو لم يكن كذلك لم يكن الغرض حاصلاً لأنه كان يعود إلى ملكه فيبطل غرضه في التصدق به، ولأن إطلاق القول أن هذا حبس منافعه على التأبيد مستحقه لأنه لم يقيد ذلك بوقت دون وقت فكان الإطلاق مقتضيًا للتأبيد وليس يخرجه عن ذلك بيانه لمن حبست عليه أن يقول حبس على فلان لأن ذلك لا يفيد تقييد الحبس[1] وإنما يفيد التبدئة فقط، ولأنه لفظ يقتضي التحبيس فوجب أن يستحق التأبيد بإطلاقه، أصله لفظ الوقف، ولأن لفظ حبس مطلق فوجب أن يقتضي التحريم، أصله إذا كان على مجهولين.

فصل

وأما لفظ الصدقة فإن أراد به وجه الحبس [فقد بينا أن الاختلاف فيه كهو في لفظ الحبس][2] فوجه القول بأنه لا يتأبد أن إيجابه التصدق بالمنفعة[3] على زيد أو ولده المعينين أو في وجه كذا لا يوجب التحريم لا من لفظه ولا من معناه وإنما يقتضي تبقيته ما دام الوجه صرف فيه باقيًا فإذا زال عاد إلى ملكه بالأصل، ووجه القول بأنه يوجب التأبيد أن إطلاق لفظ التصدق به يفيد التخلي منه فكان كالوقف.

فصل

فأما إذا جمع بين اللفظين[4] فوجه القول بأنه لا يتأبد أن ذلك مبني على أن كل واحد بانفراده غير متأبد، فإذا جمعهما لم يتم جمعه بهما التأبيد لأن الجمع بين اللفظين لا يجعل لهما حكمًا يخالف حكم الانفراد، ووجه القول بالتأبيد أن فائدة التأبيد تحريم المحبس وتأبيده كقوله: لا يباع ولا يوهب.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا جعله في قوم مجهولين أو موصوفين أن ذلك يكون على التأبيد فلأن غير المحرم إنما يعود إلى المحبس بشرط انقراض المحبس عليهم فإذا صرفه إلى

(١) ثبت في (أ) الحق.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت في (أ) بالنصف.

(٤) ثبت في (ب) الوصفين.

المجهولين علمنا أنه أراد التأبيد بأنه لا يعلم انقراضهم وكذلك الموصوفون لأن ذلك ينتظم المعدوم والموجود وذلك يقتضى تعلق حقهم به ما أمكن وجودهم وكذلك[1] العقب يقتضى التأبيد إلا أن يكون أصله معينًا فإنه يتعين بتعيين أصله.

وإنما قلنا إنه إذا قال هذه الدار حبس ولم يعين الوجه الذى تصرف فيه فإنها تصرف فى وجوه الخير والبر لأن الحبس والوقف يراد به وجه الله تعالى والقربة إليه وذلك يتعين بتعيينه فإذا لم يعينه كان مطلقًا فيها ولم يجز إبطاله لأنه لو صرح بذلك لكان هذا حكمه.

ومن شرط الحبس والوقف أن يخرج من يده فى صحته فإن أقام فى يده حياته أو إلى مرضه الذى مات فيه فإنه يبطل ويكون ميراثًا إلا أن يكون أخرجه عن يده مدة يسيرة فيها ثم أعاده إلى نظره فكان يصرف غلاته فى وجوهها ويقوم بها فإن ذلك لا يبطل الحبس.

وإنما قلنا ذلك لحديث أبى بكر رضى الله عنه أنه كان نحل عائشة رضى الله عنها جذاذ عشرين وسقًا فلم يقبضه حتى مرض مرضه الذى مات منه فقال لها: لو كنت حزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال الوارث[2]، ولأن ذلك طريق إلى أن ينتفع الإنسان بماله فى حياته ويخرجه عن ورثته بعد موته فلا ينفع الحجر عليه شيئًا فأما إن عاد إليه فكان يليه ويصرف غلاته فى وجوهها وسبلها[3] فإنه لا يبطل لأن التهمة تزول عنه إذا كان أخرجه عنه مدة بينة وأشهر[4] أمره، ولا حد لهذه المدة إلا ما يعلم فى مثله أنه لم يقصد انتفاعه بالمال[5] حياته وأدوا ورثته عنه، وابن القاسم يحد فيه سنة لأنها مدة وضعت للاختبار كإقامة البكر عند الزوج العنين وعهدة السنة، وكان شيخنا أبو بكر [رحمه الله][6] يقول: القياس ألا يصح رجوعه إلى يده طالت المده أو قصرت.

وإنما قلنا إنه إذا كان المحبس عليه من هو فى ولايته فإن قبضه له قبض وكذلك الهبة

---

(١) ثبت فى (ب) ذلك.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٢٩٥) ح (١٢٠٠٤).

(٣) ثبت فى (ب) ويسّبلها.

(٤) ثبت فى (أ) وأشهد.

(٥) ثبت فى (ب) بالملك.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

لأنه ليس من أهل القبض لنفسه والنظر لها فكان قبض وليه قبضًا له فلا يجوز أن يمكن ما وقفه على ولده الصغير لأن ذلك ذريعة إلى أن ينتفع بماله حياته ثم يخرجه عن ورثته بعد موته فوجب حسم الباب بمنعه.

فصل

وإنما قلنا إن المحبس المتأبد إذا انقرض الوجه الذى جعل فيه عاد إلى أقرب الناس بالمحبس لأن الصدقة على الأقارب أولى منها على الأباعد، وقد قال ﷺ: «لا يقبل الله صدقه وذو رحم محتاج»[1] ،وقال لأبى طلحة: «اجعلها فى الأقربين»[2]، وقال ﷺ: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول»[3].

فصل

الوقف فى الصحة من رأس المال وفى المرض أو الوصية من الثلث[4] لأن الصحيح لا يتعلق عليه حجر[5] لأحد فى ماله ولا الوارث ولا غيره فكانت عطاياه وهباته من رأس المال، والمريض محجور عليه من أجل ورثته فما يفعله موقوف على الثلث بعد موته لأنه ليس له أن يخرج عنهم زيادة على الثلث بعد موته لأن ذلك تقدير ما جعل له، وإنما لم يحكم بتنجيزه من الثلث فى الحال لجواز أن يتلف الثلثان الباقيان ويموت هو عن هذا المقدار فقط لأن الاعتبار ما يتركه بعد الموت لا قبله فيؤدى إلى أن يكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة وذلك غير جائز.

فصل

ووقف الإنسان على نفسه لا يصح[6] خلافًا لما يحكى عن أبى يوسف[7] لأنه إذا

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه البخارى فى الزكاة (٣/ ٣٨١) ح (١٤٦١)،ومسلم فى الزكاة (٢/ ٦٩٣) ح (٤٢/ ٩٩٨).

(٣) ذكره البخارى معلقًا انظر فتح البارى (٥/ ٤٤٣) مختصرًا ومسلم فى الزكاة (٢/ ٧١٧) ح (٩٥/ ١٠٣٤) واللفظ له بتمامه.

(٤) انظر المدونة (٤/ ٣٤٤)، وذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠١٥)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٨٢).

(٥) ثبت فى (ب) حجه.

(٦) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٨٠)، انظر بلغة السالك (٢/ ٢٨١).

(٧) قال الشيخ المرغينانى: وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبى يوسف. انظر الهداية (٣/ ٢٠)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ١٣٦).

ملك شيئًا بضرب من ضروب الملك لم يملك نقله إلى نفسه بغير ذلك الوجه، أصله إذا وهب لنفسه شيئًا من ماله.

فصل

وإن وقف فى مرضه أو وصيته شيئًا على ورثته خاصة دون غيرهم لم يصح ذلك وكان ملكًا للورثة لأن ذلك يجرى مجرى الوقف على نفسه ولأنه يوقف[١] عليهم ملكهم ويمنع التصرف فيه وذلك غير جائز فيه، وإن وقف على بعضهم لم يجز أيضًا، فإن دخل معهم أجانب نفذ[٢] الوقف من الثلث وقسم نصيب الورثة على الشرط الذى شرطه وأخذ الأجانب حقوقهم، وإنما يصح الوقف إذا دخل فيه الأجانب لأنه قد وقفه على من يصح الوقف عليه ولم يرد تفضيل بعض الورثة على بعض.

وإذا وقف على بعض ورثته وعلى أجانب كان ما يصيب الوارث بينه وبين باقى الورثة، ومن مات من الورثة، الذين لم يدخلهم فى الوقف قام وارثهم مقامهم لأنه لا يرث عنه جميع حقوق المال التى كانت له فإذا مات الوارث الموقوف له انقطع حق باقى الورثة فيما كان يصيبه خاصة فإذا مات جميع الورثة الموقوف[٣] عليهم انقطع حق باقى الورثة جملة وحصلت بغير الورثة.

فصل

إذا حبس على جماعة شيئًا ثم جعله فى وجه آخر بعد انقراضهم فمات بعضهم: فإن كان ذلك الشىء مما يتجزأ أو ينقسم كالغلة والثمرة وما أشبه ذلك فإن حصة الميت تكون فى الوجه الذى جعل فيه بعد انقراضهم ولا يرجع على من بقى من أهل الحبس وإن كان مما لا ينقسم كالعبد يُختدم والدابة تركب ففيها روايتان: إحداهما أنه كالذى ينقسم [ترجع حصة الميت إلى الوجه الذى نفذه][٤]، والأخرى أنه ترجع حصة من مات من أهل الوقف على من بقى منهم فإذا انقرض جميعهم صارت إلى الوجه الذى بعدهم[٥].

(١) ثبت فى (أ) ولا يوقف.

(٢) ثبت فى (أ) بعد.

(٣) ثبت فى (ب) الموقف.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١٠١٩)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٨٦).

وإنما قلنا إنه إذا كان مما يتجزأ وينقسم فإن حصة الميت لا تعود إلى من بقى من أهل الحبس لأن كل واحد منفرد عن حق الآخر لا تعلق به وكان موته فى وجوب عود نصيبه إلى من بعده كموت الجميع، ولأن الحبس لا يورث بالشركة فلو قلنا: إن حصة الميت تعود إلى من بقى من غير شرط المحبس لذلك لكان كالميراث، ووجه قوله فيما لم ينقسم أن حصة الميت لا تعود إلا من معه[1] منهم اعتباراً بما يقسم، [ووجه قوله][2] إنها تعود إلى من كان معه فى الحبس أن الضرر يحصل فى ذلك لسوء المشاركة بخلاف المتميز والأول أقيس.

وإن كان الحبس مسكنًا فإنه على وجهين إن حبس عليهم للغلة فعلى ما ذكرناه من المتميز المنقسم وإن كان للسكنى فعلى الخلاف.

إذا أسكن إنسانًا داره إلى مدة معلومة فقد ملك المسكن الانتفاع بتمليك المدة وليس للمالك الرجوع فيه فإن مات [الرجل المحبس عليه فبقيت السكنى إلى المدة لورثته لأنه مات][3] عن حق له يصح الإرث فى نوعه فورثه وورثته كما لو كان على معاوضة، وتقييده بالنوع احترازاً من الوطء، وإن دفع صاحب الدار إليه شيئًا على أن يدع السكنى جاز لأن ذلك ليس بمعاوضة وإنما انتقال من هبة إلى هبة ولأن الأصل الإسكان قربة والقربة قد سومح فيها عما غلظ فى المعاوضة كجواز الشركة والتولية فى بيع الطعام قبل القبض وكذلك القرض والهبة وبيع المكاتب كتابته بما لا يجوز بيعها من الأجنبى وما أشبه ذلك لحرمة العتاقة وأنه ليس القصد محض المعاوضة وإنما القصد كمال الحرية والرفق بالعبد كذلك ها هنا.

فصل

وإذا أطلق الحبس ولم يشترط تقديمًا ولا تبدية فإن يؤثر فى الإسكان والقسمة[4] أهل الحاجة[5] لأن أصل الحبس إنما يقصد به القربة والثواب لسد الخلة ودفع الحاجة لأصل

(١) ثبت فى (أ) بقى.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٤) ما أثبتناه من (ب،هـ) وهو المناسب وفى باقى النسخ (والقيمة).

(٥) ذكره ابن عبد البر فى الكافى وقال: ومن حبس حبسًا ولم يجعل له وجهًا جعل فى وجوه البر والخير. انظر الكافى (٢/ ١٠١٤)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٨٧, ٨٨).

الحبس فيجب أن يكون من اشتد حاجته أدخل فى الاستحقاق ممن قل عنه، ولا يخرج من سكن لحدوث من هو أحوج منه لأن الأول سكن بحق فكان أحق بالحيازة والسبق فإن شرط للحبس تقديمًا أو تبدية كان ما شرطه.

فصل

إذا حبس دارًا فسكن بيتًا صغيرًا أو شيئًا يسيرًا منها أو دورًا عدة فسكن دارًا منها يسيرة فيما بقى جاز الحبس كله ما يسكن وما لم يسكنه [وإن سكن شيئًا كثيرًا بطل الحبس ما سكنه وما لم يسكنه][1]، وقال ابن القاسم يجوز ما لم يسكنه ويبطل ما سكنه ولم يفرق فى الموضعين بين القليل والكثير وقيل يبطل الجميع[2].

فوجه القول بأنه لا يبطل إذا كان سكنًا يسيرًا هو أن ذلك لا تهمة فيه أن يكون أراد الانتفاع بماله حياته وصرفه عن ورثته بعد موته لأن القدر الذى ينتفع به يسير الخطب كاللبن يشربه من غنم يحبسها أو التمر اليسير يأكله من حائط يحبسه، ولأن سكناه فى الغالب لمراعاته وحفظه والنظر فى مصالحه.

ووجه القول بأنه ينفذ مالم يسكن ويبطل ما سكن لأن ما سكن لم يحز عليه فلم ينفذ حبسه عليه، وما لم يسكنه فقد حيز عليه فزالت التهمة فيه فوجب نفوذ الحبس فيه، ووجه منع الجميع أن الحبس إذا كان واحدًا بطل جميعه ببطلان بعضه لأن حكمه واحد غير متبعض.

فصل

العمرى[3]: هبة منافع الدار عمر الرجل مدفوعة إليه وليست بتمليك الرقبة، وصفتها: أن يقول رجل لرجل: أعمرتك هذه الدار أو أسكنتكها حياتك أو عمرك أو

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/١٠١٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٨٢).

(٣) العمرى فى اللغة: العُمْرى بضم العين نوع من الهبة مأخوذ من العمر قال أبو السعادات: يقال أعمرته الدار عُمرى أى: جعلتها له يسكنها مدة عمره فإذا مات عادت إلىَّ كذا كانوا يفعلونه فى الجاهلية. انظر المطلع على أبواب المقنع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٢٩١)، انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٢/٩٥).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: العمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض =

مدة بقائك أو منحتكها أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التى يفهم منها تمليكه المنافع عمره، وهذا لم يملكه رقبة الشىء وإنما ملكه المنافع فما دام المعطى حيًا فالمنافع له بقى المالك أو مات، وإن مات المعطى عادت إلى المالك إن كان حيًا أو إلى ورثته إن كان ميتًا ميراثًا كسائر تركاته وعند الشافعى أن المعمر يملك رقبة الدار إذا[1] أعمرها[2].

وإنما قلنا ذلك لأن المعمر لما شرط للمعطى أن تكون له عمره علمنا أنه أراد تمليك الانتفاع لأن تمليك الرقبة لا يصح إلا على التأبيد دون اشتراط العمر لأنه لو قال ملكته هذه الدار عمرك أو حياتك أو مادمت حيًا لم يصح ذلك ولم يملكها فعلم بتوقيته إياها بالمدة أنه أراد السكنى دون الرقبة وهذا إذا قال: أعمرتك ولم يذكر العقب، فأما إن قال: لك ولعقبك فإنها تكون للمعمر حياته فإذا مات كانت لورثته أبدًا ما بقى من عقبه إنسان فإذا انقرض عقبه ولم يبق منهم أحد عادت إلى المالك إن كان حيًا أو إلى ورثته إن كان قد مات[3] على ما بيناه.

= إنشاء. وقال الشيخ الآبى: هى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبة لا هبة الرقبة. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع: (٢/ ٥٥٠)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٥٨).

(١) ثبت فى (أ) إلى.

(٢) ذكره الإمام النووى وقال: قولان أظهرهما وهو الجديد أنه يصح وله حكم الهبة، والقديم أنه باطل. وقيل: إن القديم: أن الدار تكون للمعمَّر حياته فإذا مات عادت إلى الواهب أو ورثته. انظر روضة الطالبين (٥/ ٣٧٠). وقال الشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقى: هو أحد قولى الشافعى. انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٣٥٨).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٢١، ١٠٢٢)، انظر الثمر الدانى (ص ٥٥٧، ٥٥٨)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ١٠٨).

باب

عقد الصدقة والهبة[1] يصح ويلزم من غير قبض، لكن القبض شرط فى نفوذه وتمامه، فإن قال تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأملاك، أو وهبته لك ولم يرد بالهبة عوض الثواب فقال قد قبلت منك فقد انعقد وليس للواهب ولا للمتصدق الرجوع فيه ويلزمه إقباضه[2] للموهوب له أو المتصدق عليه إذا طالبه ويجبر على ذلك إن امتنع منه، ولا يبطل العقد بتأخير الإقباض فإن مات[3] المقبوض له أو المتصدق عليه وهو على المطالبة بالإقباض غير متراخٍ فى ذلك ولا راضٍ بتبقيتها فى يد الواهب أو المتصدق لم يبطل بموته ولورثته من المطالبة مثل ما كان له وإن تراخى الموهوب أو المتصدق عليه فى المطالبة بالإقباض أو أمكنة قبضها فلم يقبضها حتى مات الواهب أو مرض بطل ولم يكن له شىء، وقال أبو حنيفة[4] والشافعى[5] لا تنعقد إلا بالقبض وما لم تقبض تكون جائزة غير لازمة[6].

وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، وقوله ﷺ: «الراجع فى

---

(١) الهبة فى اللغة من وَهَبه وهبًا ووَهَبًا وهبة والموهبة العطية. انظر القاموس المحيط لـلفيروزآبادى (١/ ١٣٨).

وفى الاصطلاح: قال الشيخ ابن عرفة الدسوقى: الهبة لا لثواب تمليك ذى منفعة لوجه المعْطَى بغير عِوضٍ. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٥٢).

وقال: الشيخ أحمد الدردير: الهبة: تمليك بلا عوض. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٩٧).

والصدقة تمليك ذى منفعة لوجه الله بغير عوض. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٥٤) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٩٧).

(٢) ثبت فى (ب) اقتضاه.

(٣) فإذا مات: سقطت من (أ) فى (هـ): وإن مات الموهوب له.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى، انظر الهداية (٣/ ٢٥١)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٣٠١).

(٥) قال الإمام النووى: لا يحصل الملك فى الموهوب والهدية إلا بقبضهما هذا هو المشهور وفى قول قديم: يملك بالعقد كالوقف، وفى قول مخرج الملك موقوف فإن قبض تبيَّنا أنه ملك بالعقد. انظر روضة الطالبين (٥/ ٣٧٥)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٥٩٨).

(٦) ثبت فى (ب) تكون جائزاً غير لازم.

هبته كالراجع فى قيئه»[١] ولم يفرق بين الرجوع قبل الإقباض أو بعده، ولأنه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه، أصله سائر العقود، ولأنها عطية فلم يفتقر انعقادها إلى قبض كالوصية.

فصل

إذا تصدق على ولده الصغير أو وهب له فحيازته له جائزة إذا كان قد ميز الصدقة أو الهبة وأشهد عليها[٢] لأنه هو القابض له إذ الصغير ليس ممن يصح قبضه ولابد من قابض له، وإنما شرطنا أن يميز ذلك ويشهد عليه لتثبت له الصدقة أو الهبة بغير قول الأب وإلا تطرق منه الوصية للوارث، وهذا إذا كان مما يمكن أن تعينه والإشهاد عليه، فأما ما لا يمكن ذلك فيه ما لا يتعين كالذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون فلا يصح قبض الأب له لأنه لا يمكن الإشهاد على عينه لأنه لا يتميز للشاهد وقت إقامة الشهادة لإمكان أن يكون ما شهد به غير الذى أشهد عليه فإن جعلها على يد أجنبى يكون قابضًا لهم جاز.

قال شيخنا أبو بكر ويجوز أن تكون بيد الأب إذا جعلها فى شىء وختم عليها وأشهد عليها لأنها تتميز ويمكن الشهادة عليها فيكون كالعبد والثوب وما يتميز عينه[٣].

فصل

تصح هبة المشاع كما تصح هبة المقسوم وتجوز من الشريك وغيره فيما تتأتى قيمته وفيما لا تتأتى [خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن المشاع الذى يمكن فيه قسمة لا تصح هبته[٤]][٥] على وجه، ولأن كل مشاع جاز[٦] بيعه جازت هبته كالمقسوم، ولأن كل عقد

(١) أخرجه النسائى فى الهبة (٦/ ٢٢٢) باب (رجوع الوالد فيما يعطى ولده وذكر اختلاف الناقلين للخبر فى ذلك)، وابن ماجه فى الهبات (٢/ ٧٩٥) ح (٢٣٧٧).

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الكافى، انظر الكافى (٢/ ١٠٠٣)، انظر الثمر الدانى للشيخ الآبى (ص ٥٥٥/ ٥٥٦).

(٣) ثبت فى (أ) به.

(٤) أما هبة المشاع فيما لا يقسم جائزة. انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٥٢)، انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٣٠٣).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) كل ما جاز.

صح فى المشاع الذى لا ينقسم [صح فى الذى ينقسم][١] كالبيع.

فصل

إذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع من أرض أو دار وأشهد عليه ففيه روايتان: إحداهما جواز الصدقة[٢] والأخرى بطلانها[٣]، والهبة مثل الصدقة فوجه الجواز أن العين الموهوب بعضها مما يتعلق ويمكن الإشهاد عليها فالمشاع منها فى حكم المقسوم، ووجه المنع أن نفس الموهوب غير متميز ولا معين فأشبه المنفرد الذى لا يتعين والأول أصح.

فصل

الهبة على ضربين: ضرب منها يقصد بها الثواب، والآخر لا يقصد بها الثواب بل يكون على وجه المودة والمحبة وصلة الرحم، فأما الضرب الأول الذى يقصد به المكافأة والعوض فحكمه حكم المعاوضات ويراعى فيه ما يراعى فى البيع ولا يفارقه إلا فى وجه واحد وهو السكوت عن البدل فيه وعن مقداره فأما ما عدا ذلك من أحكامه فإنه يجرى مجرى سائر المعاوضات.

وإنما قلنا إنها جائزة على هذا الوجه لأنها تفعل على وجه المودة، وإيثار المكارمة والمواصلة وإن كان المقصود به المكافآت ففعلها على هذا الوجه له تأثير فى التودد والتحبب فكانت فى معنى نكاح التفويض فى المسامحة بترك ذكر العوض ومقداره، وروى أن النبى ﷺ أثاب على اللقحة[٤] وطلب صاحبها الثواب فلم ينكر[٥] عليه بل أنكر سخطة الثواب وكان زائداً على القيمة[٦]، فأما الضرب الآخر الذى لا يقصد به الثواب فلا يستحق عليه ثواب ولا مكافآت لأن الواهب لم يرد ذلك وإنما أراد التمليك بغير عوض.

---

(١) ما بين معكوفين سقط من (أ).

(٢) ذكره ابن عبد البر. وقال: وبه آخذ إذا كان حقيراً. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٩).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٩).

(٤) اللقحة. الناقة الحلوب أو التى نتجت لقروح إلى شهرين أو ثلاثة ثم هى لبون. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٢٤٧).

(٥) ثبت فى (أ) فلم يطلب.

(٦) أخرجه الترمذى فى المناقب (٥/ ٧٣٠) ح (٣٩٤٥)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٦٢).

فصل

فإن اختلفا فادعى الواهب أنه وهب للثواب وقال الموهوب له بل لغير الثواب فالمرجع فى ذلك إلى أحد أمرين: إمـا إلى شرط إن كان بينهما فإن اعـترف به الموهوب له لزمه وإن أنكره فالقول قول الواهب إذا أشكل وتحاكما فـيه إن كان يشبه، وإن كان لا يشبه، فالقول قول مدعى الأشبه منهما[١]. [٢]

والقسم الآخر الذى يرجع فيه إليه وهو العـرف فينظر: فإن كانت العادة والعرف أن الواهب يرى أنه يريد الثواب وأن مثله إنما يهب مثل ذلك الموهوب لعوض[٣] يناله منه أو مكافأة[٤] فالقول قوله وذلك مثل هبة الفقير للسلطان والغنى[٥] وما أشبه ذلك فالعادة فى هذا أنه يريد منه المكافآت، وأما هـبة الغنى للفقير والسلطان لأتبـاعه والرجل يهدى إلى العالم والصالح فالعرف فى مثل هذا أنه للمودة لا للثواب.

وأما النظر أو الأمثـال فعلى حسب ما يعلم من دلائل الحال وعلى قـدر الهبة[٦] هل يقصد به الثواب أم هى مما يقبح فى العرف طـلب الثواب فى مثلها، وعنه فى هبة أحد الزوجين للآخر روايتان: إحداهما أنها تقتضى الثواب لتميز الملكين وإن المعاوضة مطلوبة بينهما، والأخرى أنها لا تقتضى الثواب لأن العرف جار بأن كل واحد يتقرب إلى الآخر بالهدية والهبة ويحب التودد إليه وإحراز الحظوة عنده[٧].

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فمن وهب له شىء للثواب فهـو بالخيار إذا قبل الهبة إن شاء أثاب فيها فمـا زاد وإن شاء ردها، فإن أثاب قيمتها أو زيادة عليهـا لزم واهبها قبول ذلك ولا مقال له وإن قال: لا أرضى بقيمتها، وإن أثاب دون القيمة فالواهب بالخيار إن شاء قَبِلَ

---

(١) منهما: سقطت من (ب).

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٠٦/٢).

(٣) ثبت فى (ب) بغرض.

(٤) ثبت فى (أ) مكافآت.

(٥) ثبت فى (ب) الأغنياء.

(٦) ثبت فى (أ) الهدية.

(٧) ذكره فى المدونة، انظر المدونة (٣٣٩/٤)، انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٠٦/٢).

الثواب وإن شاء رده وارتجع هبته، فإن فاتت عند الموهوب منه لزمه قيمتها، والفوت مثل الحمل والموت أو العتق أو نقص فى البدن، وقد اختلف عنه فى زيادة الجسم أو السوق، فعنه فيه روايتان: إحداهما أنه فوت والأخرى أنه ليس بفوت، ولا تفتقر هبة الثواب إلى حيازة[1].

فصل

وإنما قلنا إن الموهوب مخير بين الإثابة أو الرد لأنها معاوضة فلا يلزمه إلا باختياره إذا لم يتعلق بها حق الغير كسائر المعاوضات، وإنما قلنا إنه إذا قبلها لزمه الثواب فلأن الواهب ملكه إياها بشرط العوض إما لفظًا أو عرفًا فلزمه ما دخل عليه كالبيع، وإنما قلنا إن الثواب ما يتراضيان به اعتباراً بنكاح التفويض لأنه عقد يشترك فيه العوض وطلب المودة والمواصلة فسومح[2] فيه بترك تسمية العوض فكذلك الهبة إذا سكتا عن ذكر العوض فوقف على تراضيهما، وإنما قلنا إنهما إذا لم يتراضيا فالموهوب مخير إن شاء أثاب عنها القيمة وإن شاء ردها، وأنه إذا أثاب القيمة لزم الواهب قبولها، اعتباراً بنكاح التفويض [فى تخيير الزوج إذا لم يتراضيا على فرض ببذل صداق مثل الذى هو قيمة البضع أو الطلاق وكذلك فى الهبة، وإنما قلنا إنه لا يلزمه إرضاؤه بما يزيد على القيمة اعتباراً بالتفويض على ما بيناه][3].

وإنما قلنا إنه لا يراعى عرف فى مكافآت مثل تلك الهبة خلافًا للشافعى فى بعض أقواله[4]، لأنه لا مدخل للعرف فى المكافآت إذ ليس فيها حد يرجع إليه لأن الملك العظيم قد يثيب على هدية تساوى مائة ألف وقد يثيب عشرة آلاف، وما بينهما وقد كان يحلو الموهوب فى نفسه فيزيد فى المكافآت عليه وكذلك غيره ممن يكافئ تختلف مكافآته بحسب حلاوة الموهوب فى نفسه ومحبته بنفع مهديه[5] إليه فبطل اعتبار العرف فى ذلك

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٦).

(٢) ثبت فى (ب) فسوغ.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) قال الشيخ الشيرازى: إن وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان قال فى القديم: لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوض لأن العرف فى هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض فصير كالمشروط. وقال فى الجديد: لا يجب لأنه تمليك بغير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض. انظر المهذب للشيرازى (١/ ٤٤٧)، انظر مغنى المحتاج (٢/ ٤٠٤).

(٥) ثبت فى (ب) عهدته.

وإنما قلنا لا يكفى أقل ما يقع عليه الاسم خلافًا للشافعى[١] أيضًا، لأن العرف أن المهدى[٢] إذا دخل على زيادة على القيمة أو على مقدارها أو يرتجى المواصلة والمكارمة فإن أثاب على هدية قيمتها ألف بعشرة[٣] دراهم فإنه خلاف العرف الذى عليه دخل فلا يلزمه، وإنما قلنا إنه إذا فاتت لزمته قيمتها لأنه إذا كان ذلك هو الواجب عليه مع بقائها فكذلك فواتها وتأثير الفوت منع ردها فقط، وإنما كان العتق فوتًا لأنه لا يمكن ردها معه ولا فسخه والحمل ينقص قيمتها والموت عدمها.

ووجه قوله فى زيادة البدن والسوق أنه فوت واعتباره لتغير النقصان ووجه قوله أنها ليست بفوت أن ردها ممكن من غير ضرر يلحق أحدهما، وإنما قلنا: إنها لا تفتقر إلى حيازة لأنها معاوضة كالبيع، ولأن التهمة لا مدخل فيها كدخولها فى هبة غير الثواب.

فصل

فأما الهبة التى لا يقصد بها ثواب ولا مكافآت فعلى ضربين:

ضرب يراد به المودة والمحبة، وضرب يراد به وجه الله تعالى من صلة الرحم وذلك كهبة الغنى للفقير واليتيم فهذا الضرب صدقة فحكمه حكم الصدقة فلا يجوز الرجوع فيه بوجه لا من أب ولا من غيره[٤]، وإنما قلنا ذلك لأنه أخرجها عن ملكه على وجه القربة إلى الله تعالى وابتغاء وجهه لا لغرض دنيا فلم يجز له الرجوع فيه، وعلى ذلك دل قوله ﷺ لعمر رضى الله عنه لما سأله عن الفرس الذى حمل عليه فى سبيل الله ثم رآه يباع: «لا تبتعه ولو باعكه بدرهم ولا تعد فى صدقتك»[٥]، وقوله ﷺ: «إنما الصدقة ليومها»[٦] يريد يوم القيامة، ومن هذا هبة الغنى للفقير والهبة لصلة الرحم وما

---

(١) قال الشيخ الشيرازى: فى قدر العوض ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى. والثانى: يلزمه قدر قيمته. والثالث: يلزمه ما جرت العادة فى ثواب مثله. لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره فى العرف. انظر المهذب للشيرازى (١/٤٤٨)، انظر مغنى المحتاج (٢/٤٠٤).

(٢) ثبت فى (أ) الموهوب.

(٣) بعشرة: سقطت من (أ).

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٠٧).

(٥) أخرجه البخارى فى الهبة (٥/٢٧٨) ح (٢٦٢٣)، ومسلم فى الهبات (٣/١٢٣٩) ح (١/١٦٢٠).

(٦) لم أجده.

كان بمثابة ذلك.

وإذا ثبت منع الرجوع فكذلك الانتفاع به لأنه ضرب من الرجوع إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيراً أو يركب الفرس الذى فى سبيل الله أو ما أشبه ذلك مما يقل خطره.

فأما الضرب الآخر وهو الهبة للمودة والمحبة فليس لأحد فيها رجعة إلا للوالدين فيما وهباه لولدهما فلهما اعتصاره ما لم يداين أو يتزوج أو يطأها إن كانت جارية أو يكاتبه إن كان عبداً أو ينفقه إذا كان مالاً أو يختلط بمثله إذا كان دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن أو يبعه فلا يكون للوالد سبيل إلى الارتجاع، وإذا كان الولد أيتامًا فلا عصرة للأم فيما وهبته، وليس لأحد رجوع فى هبته إلا [الوالدان][1] لا من قريب ولا من أجنبى لا جد ولا غيره من الأقارب[2].

فصل

وإنما قلنا إنه ليس للواهب سوى الوالدين الرجوع فى هبته خلافًا لأبى حنيفة فى قوله إن لهم ذلك[3]، قوله ﷺ: «لا يحل للرجل أن يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى[4] شبع قاء ثم عاد فى قيئه»[5]، ولأنه لا يلى على ماله إلا بتولية، ويحد فى وطئه أمته فلا رجوع له فى هبته، أصله الابن إذا وهب للأب.

فصل

وإنما قلنا إن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه خلافًا لأبى حنيفة فى منعه الرجوع[6]، للحديث الذى رويناه، ولحديث النعمان بن بشير أن أباه نحله نحلاً وجاء إلى النبى ﷺ

---

(١) ثبت فى الأصل (الوالدين) والصحيح ما أثبتناه.

(٢) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/ ٣٣٦، ٣٣٧)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٤، ١٠٠٥).

(٣) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٣٠٥)، انظر الهداية للمرغينانى (٣/ ٢٥٥).

(٤) ثبت فى (أ) إذا.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) هذا ليس مذهب الإمام أبى حنيفة وإنما مذهبه أنه يحل له الرجوع. قال الشيخ الموصلى: لا يحل للواهب الرجوع من غير قضاء ولا رضا إلا الوالد فإنه يحل له ذلك عند الحاجة. انظر الاختيار للموصلى (٢/ ٣٠٥)، انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٦/ ١٢٨).

يشهده فقال: إنى نحلت ابنى هذا فقال: «أكل ولدك نحلته» قال: لا، قال: «فارجعه»[(١)] فدل ذلك على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه، ولأنها هبة لمن أضيف هو وماله إلى الواهب فى الشرع إضافة الملك فكان له الرجوع فيها بوجه، أصله هبة السيد لعبده، ولأن الأب يختص مع الولد بما لا يوجد فى غيره، وله شبهة فى ماله ففارق الأجنبى.

وإنما قلنا إن للأم أن تعتصر[(٢)] لمشاركتها فى قرب الولادة ومباشرتها وإنما منعنا ذلك إذا كان الولد أيتامًا لأن الهبة للأيتام يراد بها وجه الله عز وجل كالصدقة، وإنما منعنا الاعتصار بعد التصرف لتعلق حقوق الغير بها داين الولد فإن الغرماء داينوه على المال الذى معه، فلو أجزنا للأب أخذه لكان غرورًا لهم، وكذلك إذا تزوجت الابنة لأن للزوج حق فى تبقية مالها بيدها لقوله ﷺ: «تنكح المرأة لدينها ومالها»[(٣)]، وللاتفاق على أنه لا رجوع له فى البيع والعتق وكذلك سائر التصرف، فأما اختلاطه بما لا يتميز فجار مجرى إتلافه[(٤)] فبطل الرجوع فيه.

فصل

يكره أن يبتاع الرجل صدقته ويرتجعها بعوض أو هبة[(٥)] لأنه ضرب من العود فيها، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه قد يستحيى منه فيسامحه فى ثمنها أو يحط عنه ما لا يحط لغيره فيكون رجوعًا فى ذلك القدر، وفى حديث عمر أنه وجد فرسًا حمل عليه فى سبيل الله[(٦)] يباع فأراد أن يشتريه فنهاه رسول الله ﷺ وقال: «لا تبتعه ولو باعكه بدرهم ولا تعد فى صدقتك»[(٧)]، فأما إن مات المتصدق عليه فورثها المتصدق منه فلا بأس لأن ذلك ليس برجوع فيها ولا يتهم بأنه احتال فيه لأن الميراث يدخل فى ملكه بغير صنعه، وفى الحديث أن امرأة وهبت لأمها وليدة فماتت الأم فورثتها الابنة فسألت

---

(١) أخرجه البخارى فى الهبة (٥/ ٢٥٠) ح (٢٥٨٦)، ومسلم فى الهبات (٣/ ١٢٤١) ح (٩/ ١٦٢٣).

(٢) قال الشيخ الرصاع: قال الشيخ رضى الله عنه: ارتجاع المعطى عطية دون عوض لا بطوع المعطى. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٥٥٩).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) إتلافه سقطت من (ب).

(٥) ذكره فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٨).

(٦) ثبت فى (ب) فى السبيل.

(٧) تقدم تخريجه.

النبى ﷺ عن ذلك فقال: «أجرت فى صدقتك، ورد عليك الميراث وليدتك»[١]، وإذا ثبت أنه لا يجوز الرجوع فى الصدقة فالانتفاع بها ممنوع أيضًا على ما قدمناه[٢].

فصل

ويستحب للإنسان أن يساوى بين ولده فى الهبة، وأن لا يخص بعضهم بشىء يفرده عن الآخر إلا ويكون مثله لغيره، فإن أعطى بعضهم شيئًا من ماله جاز وإن أعطاه كل ماله كره ذلك ولم يبطل[٣].

وإنما استحببنا فى الجملة أن يسوى بينهم فى العطية لقوله ﷺ فى حديث النعمان بن بشير لما نحله أبوه شيئًا وأراد الشهادة عليه فقال ﷺ: «أكل ولدك نحلته مثل ما نحلت هذا» قال: لا، قال: «فارجعه»، وفى الحديث: «أتحب أن يكونوا لك فى البر سواء»[٤] ولأن ذلك يؤدى إلى العقوق وترك البر ويورث الحسد والضغن فوجب كراهيته لذلك، وهذا إذا وهب كل ماله، فإذا وهب البعض منه أو الشىء اليسير[٥] بعينه فذلك جائز لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه وهب لعائشة رضى الله عنها من ماله[٦]، والفرق بين البعض والكل أن فى البعض لا تتولد العداوة والبغضاء لأنه قد بقى ما يصير للولد الباقين إذا كان الموهوب يسيرًا، لا يكون جل ماله ولا قطعة مؤثرة فيه فيجرى حينئذ مجرى هبة الكل.

وإنما قلنا: إن وهب جميعه نفذ وإن كان مكروهًا خلافًا لأحمد بن حنبل وغيره فى منعه نفوذه[٧]، لحديث أبى بكر رضى الله عنه واعتبارًا بالأجانب.

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى الأقضية (٢/ ٧٦٠) ح (٥٤).
(٢) ثبت فى (ب) على ما بيناه.
(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٠٣).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) اليسير سقطت من (أ).
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) فعند الإمام أحمد رضى الله عنه: أنه تجب التسوية بأحد أمرين: إما رد ما فضل به البعض، وإما إتمام نصيب الآخر، وقال طاوس: لا يجوز التفضيل ولا رغيف محترق وبه قال ابن المبارك وروى معناه عن مجاهد وعروة. انظر المغنى لموفق الدين (٦/ ٢٦٢).

فصل

يجوز أن يتصدق بماله كله فى صحته وأن يهبه للظواهر والأخبار والترغيب فى الصدقة، ولأن جماعة من الصحابة قد انخلعوا[١] من أموالهم، وهذا إذا كان المتصدق له مال يرجع إليه من صناعة أو حرفة فيخلف منها ما لا يرده على نفسه، فأما إن كان لا يرجع إلى ما يقوته أو يقوت عياله إن كان ذا عيال فلا ينبغى له أن يمنع نفسه وعياله، وقد منع ﷺ سعدًا أن يوصى بماله كله[٢] إبقاء على ورثته، فإبقاء الإنسان على نفسه أولى، وقال تعالى: ﴿ولا تنس نصيبك من الدنيا﴾ [القصص:٧٧].

فصل

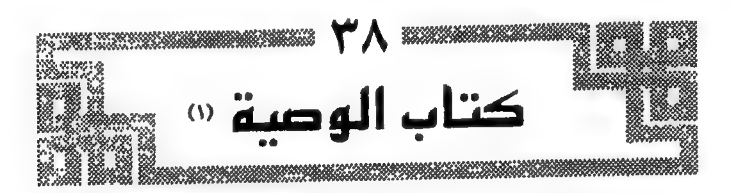
من أخدم رجلاً حياته عبده جاز ذلك[٣]، وقد اختلف عنه فى نفقته على من تكون فعنه فيه روايتان: إحداهما أنها على مالك رقبته، والأخرى أنها على من جعلت له خدمته، فوجه الأولى من أن النفقة على المالك بالرق وتعلق حق الغير بمنافعه لا يوجب عليه نفقته كما لو أجره، ووجه الثانية أنه يملك نافعه دون سيده فكانت النفقة عليه كالزوجة لما ملك الاستمتاع بها ملك منافعها ولا يلزم عليه الإجارة لأن العوض عنها قد أخذ منه والله أعلم.

* * *

(١) ثبت فى (ب) انخلوا.

(٢) أخرجه البخارى فى الجنائز (٣/ ١٩٦) ح (١٢٩٥)، ومسلم فى الوصية (٣/ ١٢٥٠) ح (٥/ ١٦٢٨).

(٣) انظر المدونة (٤/ ٣٠٤).



٣٨
كتاب الوصية [١]

الأصل فى ثبوت الوصايا وتعلق الأحكام بها قوله تعالى فى آية المواريث: ﴿من بعد وصيـة يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١١]، وقوله: ﴿كتب عليكم إذا حـضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف﴾ [البقرة: ١٨٠]، وقوله ﷺ: «ما حق امرئ له مال يريد أن يوصى فيه يبـيت ليلتين إلا ووصيته عنده»[٢]. إذا ثبت ذلك فهى مندوب إليها للخبـر الذى رويناه، ولأن فيها تحرزاً واحتـياطًا لأن الإنسان لا يدرى متى يأتيه أمـر الله عز وجل، وقد يكون عليـه حقوق يحتـاج إلى التخلص منها فـيجب أن يكون على استظهار من ذلك.

فصل

موضع الوصية الثلث، ولا يجوز الزيادة عليه إلا بإذن الورثة[٣]، وإنما قلنا إن له أن يوصى بالثلث لحديث سـعد قال : جـاءنى ﷺ يعودنى من وجع اشتـد بى فقلت : يا رسول الله بلغ منى الوجع ما ترى، وأنا رجل[٤] ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى فقال: «لا» قلت فشطره، قال: «لا» فقلت فالثلث قال: «الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[٥]، وقوله ﷺ: «إن

---

(١) الوصية فى اللغة: من أوصـاه ووصاه توصية عهد إليه والاسم الوَصَـاةُ والوصاية والوصية. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ٤٠٠).

وفى الاصطلاح: قال الشـيخ ابن عرفـة الدسوقى: هى عقـد يوجب حقًا فى ثلث عـاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٨١).

(٢) أخـرجه البـخـارى فى الوصـايا (٥/ ٤١٩) ح (٢٧٣٨) ، ومسلم فـى الوصيـة (٣/ ١٢٤٩) ح (١/ ١٦٢٧).

(٣) ذكره ابن عبدالبر. انظر الكافى (٢/ ١٠٢٣، ١٠٢٤) انظر الثمر الدانى للشيخ الآبى (ص٥٣٧).

(٤) رجل: سقطت من (ب).

(٥) أخـرجه البـخـارى فى الوصـايا (٥/ ٤٢٧) ح (٢٧٤٢)، ومسلم فـى الوصيـة (٣/ ١٢٥٠) ح (٥/ ١٦٢٨).

الله جعل لكم ثلث أموالكم عند موتكم»[(١)].

وإنما قلنا الزيادة جائزة عليه إذا أذن الورثة لأن المنع من ذلك لأجلهم لأن ما زاد عليه حق لهم فإذا أجازوه فقد أسقطوا حقوقهم فجاز، وإن أجازه بعضهم وأباه بعض جاز في حق من أجازه ،ولم يجز في حق من منع لأن من أجازه فقد ترك حقه ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك.

فصل

ومن لا وارث له فليس له الوصية بجميع ماله، فإن أوصى بزيادة على الثلث لم يكن له إلا الثلث فقط، خلافًا لأبي حنيفة في قوله إن له أن يوصي بكل ماله[(٢)]، لقوله ﷺ: «إن الله أعطاكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم»[(٣)] وظاهره يمنع زيادة عليه ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له أن يوصي في حقهم بأكثر من ثلثه كالموالي، واعتبارًا بالورثة المياسير.

فصل

ولا تجوز الوصية لوارث من ثلث ولا غيره إلا بإذن باقي الورثة[(٤)]،والأصل في منعها قوله ﷺ: «إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»[(٥)]، [ولأن ذلك تعدى ما حد الله تعالى ورسمه لأنه تعالى جعل لكل وارث][(٦)] قدرًا معلومًا من التركة، وإذا خص الميت بعضهم بزيادة على ذلك كان كأنه يعطيه من حق غيره، فإذا لم يجيزوا رجعت ميراثًا لأنه لا يجوز أن ينفرد بها بعضهم، وليس لها جهة تصرف من

(١) أخرجه ابن ماجه في الوصايا (٢/ ٩٠٤) ح (٢٧٠٩) في الزوائد: في إسناده طلحة بن عمرو الحضرمي ضعفه غير واحد. وانظر نصب الراية (٤/ ٤٠٠).

(٢) قال في الفتاوى الهندية: ولو أوصى بجميع ماله وليس له وارث نفذت الوصية ولا يحتاج إلى إجازة بيت المال كذا في خزانة المفتيين. انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي (٢/ ١٠٢٤)، انظر الثمر الداني (ص ٥٣٧)، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٢٧).

(٥) أخرجه الترمذي في الوصايا (٤/ ٤٣٤) ح (٢١٢١) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وأبو داود في البيوع (٣/ ٢٩٥) ح (٣٥٦٥)، والنسائي في الوصايا (٦/ ٢٠٧) باب (إبطال الوصية للوارث)، وابن ماجه في الوصايا (٢/ ٩٠٥) ح (٢٧١٣).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

قبل وصية فلم يبق إلا أن يرجع ميراثًا كالذى لم يوصى به.

فصل

إنما قلنا إنهـا تجوز بإجازة الورثة، خـلافًا لمن منع ذلك[١]، لأن المنع لحقـوقهم فإذا أجازوه فقـد تركوا حقوقهم فيـجب جوازه، ولأنها جهة للوصـية يمنع منها لحق الورثة فجاز بإجازتهم، أصلة الزيادة على الثلث.

فصل

الوصية غير واجبة لقريب ولا لأجنبى، خلافًا لمن حكى عن وجوبها[٢] لمن لا يرث[٣] من الأقربين والذين[٤] إذا لم يكونوا وارثين، لأن كل من لم تلزم عطيـته فى الحـياة لم تجب الوصية له بعد الوفاة كالأجانب، ولأنها هبة وعطية فلم تلزم اعتباراً بحال الحياة.

فصل

إذا استأذن الورثة فى الوصية لوارث أو بأكـثر من الثلث فأذنوا له فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يجـيزوا فى الصحة، أو فى المرض الذى يحـجر عليه فيـه أو أن يجيزوا بعد الموت فإن أجازوا فى الصحة فـلا يلزمهم ذلك، ولهم الرجوع فيه لأنه لا حق لهم فى الحجر عليه حال الصحة فأشبه إذن الأجنبى، لأنه لا يلزمه[٥] إذا صار وارثًا من بعد الموت[٦]، وإن أجازوا بعد الموت فذلك لازم من غير خلاف لأن الإرث قد وجب لهم، فإذا تركوه بعد وجوبه جاز كما لو وهبوه ابتداء.

وإن أجازوه حال المـرض المخوف لزم ذلك ولم يكن لهم الرجوع فيـه، خلافًا لأبى

(١) هذا هو قـول أهل الظاهر والشـافعـى وهو ظاهر قول أحـمـد فى رواية حنبل وهو قـول بعض أصحابه وهو قول المزنى. انظر المغنى لموفق الدين (٦/٤١٩)، انظر روضة الطالبين (٦/١٠٩).

(٢) روى عن الزهرى أنه قال: جـعل الله الوصية حـقًا مما قل أو كثر، وقـيل لأبى مجلز: على كل ميت وصية قال: إن ترك خيراً، وقال أبـو بكر عبد العزيز: هى واجبة للأقربين الذين لا يرثون، وهو قول داود، وحكى ذلك عن مـسروق وطاوس وإياس وقتادة وابـن جرير. انظر المغنى لموفق الدين (٦/١٥[illegible])، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٣٧٩).

(٣) ثبت فى (أ) تورث.

(٤) ثبت فى (ب) الوالدين.

(٥) ثبت فى (ب) لأنه يلزمه.

(٦) الموت: سقطت من (أ).

حنيفة[1] والشافعي[2]، لأنها حال يملكون عليه الحجر فيها فإذا أذنوا فيما لهم منه لزمهم، كالسيد إذا أذن لعبده والزوج لامرأته، ولأنها حال تعتبر عطاياه فيها من الثلث كما بعد الموت، وإذا استأذنهم عند سفر فأذنوا له ففيها روايتان: إحداهما أنه لا يلزم اعتباراً بالصحة، ولأن تصرفه في هذه الحال من رأس المال، والأخرى أنه يلزم اعتباراً بالمرض المخوف لأنها حال خوف وخطر، وهذا في السفر البعيد الذي يخاف من مثله.

فصل

الإذن المحكوم به إذا كان طوعًا لا خوفًا من إضرار بهم مثل أن يكون الوارث في عيال الموصي ونفقته، إن لم يأذن به قطع به، أو يكون له عليه دين يلزمه أو يكون سلطانًا يرهبه أو ما أشبه ذلك فمتى كان الإذن على بعض هذه الوجوه لم يلزم وكان له الرجوع.

فصل

هبات[3] المريض وعطاياه مراعاة فإن صح لزمته من رأس ماله وإن مات كانت من الثلث إلا أنها حال المرض موقوفة لا تنفذ، وقال داود هي جائزة من رأس المال الصحيح[4]، ودليلنا قوله ﷺ: «إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند الموت زيادة في أعمالكم»[5]، فأخبر ﷺ أنه ليس لهم إلا الثلث ولا زيادة عليه، وروى أن رجلاً أعتق ستة أعبدٍ له في مرضه لا يملك غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فتغيظ عليه غيظًا شديدًا ثم دعى بهم فأسهم بينهم فأعتق ثلثهم وأرق ثلثيهم»[6]، ولأن حصول سبب الموت بمنزلة

(١) قال الشيخ الموصلي: وتعتبر إجازتهم بعد موته لأنه عند ذلك ثبت حقهم فيه لا قبله وإنما يسقط الحق بعد ثبوته فإذا أجازوه بعد الموت فقد أسقطوا حقهم بعد ثبوته فيصح. انظر الاختيار للموصلي (٤/١٢٨)، انظر الهداية للمرغيناني (٤/٥٨٣).

(٢) ذكره الإمام النووي. انظر روضة الطالبين (٦/١٠٩)، انظر مغني المحتاج (٣/٤٤).

(٣) ثبت في (أ) هبة.

(٤) ذكره ابن قدامة في المغني. وقال: وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال وليس بصحيح. انظر المغني لموفق الدين (٦/٤٩١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه مسلم في الأيمان (٣/١٢٨٨) ح (٥٦/١٦٦٨)، وأبو داود في العتق (٤/٢٧) ح (٣٩٥٨)، والترمذي في الأحكام (٤/٦٣٦) ح (١٣٦٤)، والنسائي في الجنائز (٤/٥١) باب (من يحيف في وصيته)، وابن ماجه في الأحكام (٢/٧٨٥) ح (٢٣٤٥).

حضور الموت نفسه بدليل منع الهبة للوارث، فإن نازعوا فى ذلك دللنا عليه بإجماع الصحابة فى قصة أبى بكر رضى الله عنه لما قال لعائشة رضى الله عنها إنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسق ولو كنت حزتيه لكان لك وإنما هى اليوم مال الوارث»[١] فبين تعلق حقوق الورثة به، وإن ذلك هو المانع من تسليمه إليها ولم يخالف عليه أحد، ولأنه إيجاب عطية فى المرض كالوصية.

فصل

إذا أوصى بزيادة على الثلث ولم يجز الورثة قسم الموصى لهم الثلث على حسب مبلغ[٢] الوصايا من جملة المال، مثاله: أن يوصى بالنصف والثلث ولا يجيز الورثة فينظر أقل ماله نصف وثلث وهى ستة مبلغ الوصية منها خمسة أسهم فيقسم الثلث بينهم على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان، وكذلك بالثلث والربع يكون على سبعة من اثنى عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة على هذا الحساب، وقال أبو حنيفة يتساوى الموصى لهم فى الثلث[٣].

ودليلنا أنهما وصيتان لو كانتا مطلقتين مرسلتين قسمتا على التفصيل فإذا كانتا مقيدتين قسمتا[٤] كذلك، أصله لو أوصى بالسدس والثمن، وبيان ذلك أنه لو أوصى لزيد بألف درهم وقدرها النصف ولعمر بخمس مائة وقدرها الربع لاقتسمنا الثلث إذا لم يجز الورثة على التفصيل بحسب الوصايا، وهذا وفاق معهم فكذلك إذا قيد بنسبة، ولأنهما وصايا تتفاضل [قصرت عن الثلث فوجب][٥] بحسبها أن تتفاضل فى قسمة الثلث عليها إذا زادت عليه كالمرسلة.

فصل

له أن يشترى ابنه بما يكون قدر ثلثه[٦] لأن له التصرف فى الثلث ويرثه لأنه يعتق

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت فى (ب) ومبالغ.

(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية للمرغينانى (٤/ ٥٨٨) انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٤٢).

(٤) قسمتا: سقطت من (أ).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/ ٢٨٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٤٤, ٤٤٥).

عليه وهو حر، وقال محمد بن مسلمة: يجوز له أن يشتريه بكل ماله اعتبارًا باستلحاقه، وقال شيخنا أبو بكر فى توريث ابنه نظر لأنه إخراج لورثته عن الميراث بعد ثبوت البينة لهم.

فصل

إذا أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له كل المال، وكذلك لو كان ابنان فوصى للرجل[1] بمثل نصيب أحدهما كان له نصف المال، على هذا الحساب ينظر كم ذلك النصيب إذا انفرد عن الوصية فيكون هو الموصى به، وقال أبو حنيفة[2] والشافعى يجعل الموصى له كأنه ابن آخر فيأخذ مع الابن الواحد النصف ومع الاثنين الثلث[3].

ودليلنا أنه إذا قال: أوصيت لك بمثل نصيب ابنى فقد أحال بمعرفة القدر الموصى به على معرفة نصيب من أحال عليه فيجب أن يكون ذلك المحال عليه معلومًا مقدرًا قبل الوصية ليصبح العمل بقدرها منه، ومتى علقنا معرفة المحال عليه على مقدار الوصية فذلك تناقض واستحال لأن الوصية معلقة عليه ويصير هو معلقًا على الوصية فيكون ذلك جعل الشيء شرطًا لما هو شرط[4] له فلا يصح، وإذا ثبت ذلك صح ما قلناه.

فصل

إذا أوصى لفلان بمثل نصيب أحد ورثته نظر إلى عدد رؤوسهم ثم أعطى جزءًا منها[5]، ولا ينظر إلى اختلاف فروضهم ولا إلى الذكور والإناث، مثاله: أن يترك ستة ذكورًا وإناثًا، [أو إناثًا وذكورًا][6] من نوع واحد كالبنين والبنات، أو الزوجات والجدات أو الإخوة والأخوات وغير ذلك فيعطى السدس، وإنما قلنا ذلك لأن الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر بأولى من الأقل، فلم يبق إلا الاعتبار بالرؤوس.

---

(١) ثبت فى (ب) لرجل.

(٢) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/ ١٤٤)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٩٩).

(٣) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (٦/ ٢١١)، انظر المهذب للشيرازى (١/ ٤٥٧).

(٤) هو شرط: سقطت من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) جزءًا واحدًا.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

فصل

إذا أوصى بسهم من ماله ولم يعينه أو بجزء منه أو بنصيب فذلك كله[(١)] سواء، فاختلف أصحابنا فى مقدار ما يلزم بالوصية بعد اتفاقهم على أنه لا يزاد على الثلث فمنهم [من قال يعطى الثُّمن][(٢)] ومنهم من قال يعطى[(٣)] السدس، ومنهم من قال ينتظر إلى ما تبلغه قسمة الفريضة بالضرب إن احتيج إليه فيعطى سهمًا منه قَلّت السهام أم كثرت، وقال أبو حنيفة: يدفع إليه مثل أقل سهام الورثة إلا أن يزيد إلى السدس [فيكون له السدس[(٤)]][(٥)]، وقال الشافعى يدفع إليه الورثة ما شاءوا من غير مقدار مؤقت[(٦)].

فدليلنا أولاً على وجوب التقدير خلافًا للشافعى، أن السهم والجزء والنصيب عبارة عن التقدير لأنه يقال هذا المال بينهم على كذا وكذا جزءًا أو سهمًا أو نصيبًا، فإذا ثبت ذلك فكأنه أوصى له بقدر وأجمل التقدير فيجب أن يطلب ما هو أولى بأن يكون أراده ومتى وكلناه إلى مشيئة الورثة زال التقدير وصار كأنه قال أوصيت بشىء فإذا ثبت التقدير:

فوجه القول بأنه يعطى الثُّمن أنه لما لم يكن بعض السهام بأولى من بعض وجب أن يدفع الأقل لأنه متحقق[(٧)]، وما زاد عليه مشكوك فيه لإمكان أن يكون [أراده وإمكان أن يكون][(٨)] أراد ما دونه فلم يجز أن يدفع إليه بالشك، ووجه القول بأنه يعطى السدس

(١) فذلك كله: سقطت من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت فى (ب) بعض.

(٤) ذكره الشيخ المرغينانى فى الهداية والشيخ الموصلى فى الاختيار. وقال الشيخ الموصلى: وإن أوصى بسهم من ماله فله السدس عن أبى حنيفة فى رواية الجامع الصغير فإنه قال: له أخس سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه فكان حاصله أن له السدس. وعلى رواية كتاب الوصايا: له أخس سهام الورثة ما لم يزد على الثلث. وقال أبو يوسف ومحمد: له أخس السهام إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث. انظر الاختيار للموصلى (٤/١٤٣)، انظر الهداية للمرغينانى (٤/٥٨٨).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (١/٤٥٧)، انظر روضة الطالبين (٦/٢١٢).

(٧) ثبت فى (أ) يتحقق.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

والجزء الذى ينقسم عليه الفريضة ما لم يزد على الثلث أن أصل حساب الفرائض السدس، وإنما ينشأ ما زاد عليه منه لأنه أقل السهام فى الأصول بخلاف[1] الثُّمن لأنه ليس بأصل وإنما هو سهم يستحق بحجب عن أصل الفرض.

ووجه القول أنه يعطى سهمًا مما انقسمت عليه الفريضة بالغًا ما بلغ أنه لما قال: له سهم من مالى أو جزء كان ذلك راجعًا إلى أجزاء ماله وسهامه فوجب أن تكون القسمة عليه دون اعتبار الفروض.

فصل

الوصية فى الصحة والمرض سواء لأنهما تنفذ بعد الموت وليست بلازمة، والرجوع له فيما شاء منها إلا التدبير لأنه إيجاب فى الحياة، وإن كان له حكم الوصية من بعض الوجوه وهو خروجه من الثلث، وكذلك العتق المبتل[2] فى المرض[3].

فصل

وتجوز وصية السفيه المحجور عليه لتبذير ماله ووصية المجنون حال إفاقته[4] لأنه إنما منع السفيه من إخراج ماله على غير عوض خوف الفقر عليه، والوصية تنفذ بعد موته والفقر مأمون عليه فى تلك الحال فلا يبقى مانع منها، وأما المجنون حال إفاقته فكالعاقل الذى لا يجنون له فصحت وصيته؛ وتصح وصية الصبى الذى يعقل[5] وجوه القرب وإن لم يبلغ خلافًا لأبى حنيفة[6] وأحد قولى الشافعى[7]، ولأن ذلك مروى عن عمر

(١) ثبت فى (أ) يختلف.

(٢) قال الفيروزآبادى: بتّله يبتُله ويبتِلُه: قطعه كبَتّله فانبتل والشىء ميزه عن غيره. وصدقة بتلة: منقطعة عن صاحبها وعطاء بتل منقطع لا يشبهه عطاء. انظر القاموس المحيط (٣/ ٣٣٢).

(٣) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٤٢, ٤٤٣).

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١٠٢٧)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢).

(٥) ثبت فى (ب) يعرف.

(٦) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/ ١٢٩)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/ ٤٣٠).

(٧) ذكره الإمام النووى. وقال: لا تصح وصية الصبى المميز على الأظهر عند الأكثرين. انظر روضة الطالبين (٦/ ٩٧).

وقال الشيخ الخطيب الشربينى: ورجح جمع من أصحابنا صحة الوصية من الصبى المميز. انظر مغنى المحتاج (٣/ ٣٩).

وعثمان وعلى وغيرهم رضوان الله عليهم[١]، ولا مخالف لهم، ولأنه عاقل عارف بوجوه القرب كالبالغ، ولأن الفقر مأمون عليه بعد الموت.

فصل

تصح الوصية إلى المرأة وإلى العبد كان العبد له أو لغيره خلافًا للشافعى فى العبد[٢]، ولأنه مأمون فى نفسه يتأتى منه تنفيذها فأشبه الحر الذكر.

فصل

لا تجوز الوصية إلى فاسق لا يؤمن عليها، ولا تقر فى يده لأنه قد تعلق بالوصية إليه حقوق الموصى لهم، فإذا لم يكن مأمونًا لم يؤمن منه إتلافها فلم يجز ولايته، ولا يراعى فى ذلك اختيار الميت له لأنه ليس له أن يختار على غيره من لا يؤمن إتلافه وإضاعته.

فصل

إذا قَبِلَ الموصى إليه ثم أراد تركها لم يجز له ذلك إلا أن يعجز عنها أو يظهر له عذر فى الامتناع من المقام عليها، خلافًا للشافعى فى إجازته تركها[٣]، لأنها قربة وفعل خير ألزمه نفسه لم يكن له الخروج منه بغير عذر اعتبارًا بالصوم والحج.

فصل

إذا أوصى إلى رجلين فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يكون نص على الاجتماع فيقول لا ينفرد[٤] أحدهما عن صاحبه[٥] فى النظر فيكون على ما قلناه[٦]، أو أن ينص على الجواز فيقول: أوصيت إليكما وإلى كل واحد منكما فلا خلاف فى هذا أيضًا أ[نه] يجوز أن ينظر إلى كل واحد منهما منفردًا عن الآخر، أو أن يطلق فيقول أوصيت إليكم[ا]

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى الوصية (٢/ ٧٦٢) ح (٢).

(٢) انظر روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٧٤).

(٣) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٢٠)، انظر مغنى المحتاج (٤/ ٧٣).

(٤) ثبت فى (ب) لا ينفصل.

(٥) ثبت فى (ب) الآخر.

(٦) ثبت فى (ب) قاله.

ولا يذكر اجتماعًا ولا انفرادًا فحكم ذلك عندنا حكم النص على الاجتماع خلافًا لأصحاب أبي حنيفة[1]، لأنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد به اعتبارًا بالوكالة لأنه إذا أوكلهما في بيع لم يكن لأحدهما الانفراد بذلك باتفاقنا.

فصل

للرجل أن يوصي بثلثه إلى رجل وبولده إلى آخر، لأن الوصية في معنى الوكالة، وله أن يوكل في حقوقه كلها وفي بعضها وكيلاً واحدًا أو وكلاء عدة.

فصل

إذا أوصى لرجل بنوع من حقوقه مخصوص دون غيره لم يكن له النظر في غيره إذا خصه بذلك[2]، لأنه إنما يملك النظر بتولية صاحب الحق فلم يطلق توليته أو يقيدها، فأما إن أطلق فقال: وصيتي إلى فلان أو قال فلان وصيي فإنه يكون وصيه في كل شيء يجوز أن يوصي به من النظر في ثلثه والولاية على صغار ولده وقضاء ديونه، خلافًا للشافعي في قوله إنه لا تصح الوصية[3]، لأن الإطلاق يقتضي العموم فأشبه أن ينص على ذلك، فأما إن أوصى إليه بنوع ولم يذكر قصره عليه ولا أنه ليس إليه النظر في غيره فقيل: هو كالوصية المطلقة لأنه أقامه مقامه ولم يقصره على ما سماه، وقيل لا يكون وصيًا إلا فيما عين له ونص عليه لأنه لا يملك الوصية إلا بالتولية، فأن أوصى بشيء مخصوص لم يملك النظر في غيره وليس يحتاج إلى أن يلفظ بقصره عليه لأن المنع هو الأصل وإنما الذي يحتاج إليه هو النص على التولية.

فصل

إذا أوصى إليه وأطلق ولم يقل ليس لك [أن توصي][4] فله أن يوصي بما أوصى به

---

(١) قال الشيخ المرغيناني: ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه. وقال أبو يوسف رحمه الله: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء. انظر الهداية (٤/ ٦١٢)، انظر الاختيار للموصلي (٤/ ١٣٤).

(٢) ذكره الشيخ أحمد الدردير. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٥٣).

(٣) قال الإمام النووي: لو اقتصر على قوله: أوصيت إليك فباطلة قطعًا. انظر روضة الطالبين (٦/ ٣١٦)، انظر مغني المحتاج (٣/ ٧٧)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤/ ٧٢).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

إليه، وقال الشافعى ليس له ذلك إذا أطلق الوصية، وأما إن أذن له فله قولان: أحدهما أنه يملك أن يوصى، والآخر أنه لا يملك، فدليلنا على أنه يملك إذا أذن له أنه يملك[1] أن يوصى إليه ويقول: إن مت فوصيتى إلى فلان فإذا صح ذلك قلنا لأن كل ما صح أن يليه بنفسه على وجه الوصية بعد الموت جاز[2] أن يوليه غيره، أصله الوصية المباشرة، ودليلنا أنه إذا أطلق فإن للموصى[3] أن يوصى، أن ذلك معنى ملكه الموصى إليه إذا نص له، فوجب أن يملكه بإطلاق الولاية، أصله كسائر الحقوق التى يوصى فيها، ولا يدخل عليه الوكالة لأنا شرطنا التولية فى وصيته.

فصل

يجوز عفو الرجل عن قاتله عمداً، ولا يجوز ذلك فى الخطأ إلا أن تكون الدية ثلث التركة أو أقل، والفرق بينهما أن الواجب بقتل العمد قود فليس فيه إخراج مال عن الورثة والواجب بقتل[4] الخطأ مال وليس له فى المال إلا الثلث.

فصل

تصح الوصية للقاتل عمداً أو خطأ[5] خلافًا للشافعى[6]، لقوله تعالى: ﴿فمن بدله بعد ما سمعه﴾ [البقرة:١٨١] فعم، ولأنها هبة فالقاتل لا يمنعها اعتباراً بحال الحياة، ولأنه تمليك فصح فى القاتل كإسقاط الحقوق.

فصل

إذا قتله الموصى له عمداً بطلت الوصية[7] إلا أن يعلم بقتله فيقره عليها فإن قتله خطأ لم تبطل لأنه معنى يستحق بالموت لا يصح تقدمه عليه فوجب أن يبطل بقتل العمد

(١) أنه يملك: سقطت من (ب).

(٢) ثبت فى (ب) بعد موته صح.

(٣) ثبت فى (ب) للوصى.

(٤) ثبت فى (أ) فى قتال.

(٥) ذكره فى المدونة. انظر المدونة(٤/٢٩٦)، انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٢٨/٢).

(٦) قال الشيخ الشيرازى: اختلف قول الشافعى رحمه الله تعالى فيمن وصى لقاتله فقال فى أحد القولين: لا يجوز. وقال فى الثانى: يجوز لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه. انظر المهذب للشيرازى (٤٥١/١)، انظر روضة الطالبين (١٠٧/٦).

(٧) ثبت فى (ب) وصيته.

كالميراث، وأن لا يبطل بقتل الخطأ كالميراث، ولا يكون له شيء من الدية المستحقة على عاقلته، وأما إن علم بأنه قتله عمداً فأقره على الوصية بأنه يكون كالمبتدئ لها فيصح.

فصل

إذا أوصى لرجل بجزء من ماله وللآخر بدنانير مسماة[١] وضاق الثلث على الوصيتين ففيها ثلاث روايات[٢]:

إحداها البداية بالجزء على التسمية، والثانية البداية بالتسمية عن الجزء، والثالثة أنهم يتحاصون بقدر[٣] وصاياهم.

فوجه الأولى أن التجزئة آكد من التسمية في الأصول لأنها قد ثبتت في مواضع تبطل فيها التسمية، ألا ترى أنه لو وصى له بألف درهم فتلف المال إلا ألفًا لم يستحق الموصى له إلا قدر ثلثه، ولو أوصى له بجزء من ماله لكان ذلك مستحقًا على كل وجه فيما يبقى بعد التلف[٤]، أعني أنه يكون له ربع الباقي إن أوصى له بالربع أو سدسه أن أوصى بالسدس، وكذلك في الاستثناء في بيع الثمار وإن كان كيلاً مسمى يعتبر[٥] فيه قدر الثلث، وإن كان جزءاً فما شاء[٦]، وإذا ثبت قوة التجزئة على التسمية [كانت آكد فقدمت عليها، ووجه الثانية أن][٧] التسمية آكد بالنص على مقدارها[٨] بخلاف التجزئة ووجه الثالثة أنها جهة تستحق بالوصية، فلم يكن أحدهما أولى من الآخر فلم يبق إلا التحاصص.

فصل

إذا أوصى له بشيء بعينه فتلف الموصى به بطلت الوصية لأن المعين[٩] يبطل الحق بتلفه كالمبيع بعينه إذا تلف قبل القبض مع بقاء التوفية، وكذلك الدابة المكتراة بعينها إذا

(١) ثبت في (أ) مسميات.

(٢) ذكرها ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٣٨).

(٣) ثبت في (أ) بعدد.

(٤) ثبت في (ب) بعد الموت وفي (هـ) بعد الثلث.

(٥) ثبت في (ب) اعتبر.

(٦) ثبت في (أ) وإن كان جزءاً فما بمان.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) ثبت في (ب) مقاديرها.

(٩) ثبت في (ب) التعيين.

ماتت إن العقد ينفسخ فى ذلك كله، فإن تلف ثلثا تلك العين فالثلث الباقى للموصى له إن احتمله كل المال، خلافًا لأبى ثور فى قوله إن للموصى له ثلث الباقى وللورثة ثلثاه[١]، لأن الثلث يحتمله مع الوصية بالعين فوجب أن يستحقه كما لو أوصى له بعبد أو بثوب واحتمله الثلث فأما إن كانت الوصية بما الغرض منه المنافع[٢] وما يموت عنه فلا يتعين فى شىء بعينه نحو قوله: وصيت بثيابى لفلان لأن له ما يموت عنه من ثياب سواء كانت الثياب التى يملكها يوم الوصية أو تلفت واستحدث غيرها.

فصل

إذا أوصى لميت يعلم بموته صحت الوصية فتقضى منها ديونه وزكوات وكفارات[٣] إن كانت عليه، فإن لم يكن عليه شىء من ذلك كانت لورثته، وقال أبو حنيفة[٤] والشافعى لا يصح بوجه[٥] فدليلنا قوله تعالى: ﴿فمن بدله بعد ما سمعه﴾ [البقرة:١٨١] فعم، ولأنه آدمى كالحى، ولأنها إحدى حالات الآدمى كالحياة، ولا يدخل عليه إذا لم يعلم به لأن الغرض إلحاق أحد النوعين بالآخر، ولأن الغرض بالوصية نفع الموصى له على وجه يصح من العقلاء وذلك يختلف باختلاف أحوال من يوصى له: فتارة يكون بالتمليك كالحى، وتارة يكون بغيره كالوصية للمسجد والقنطرة والجسور وما أشبه ذلك، فإذا أوصى لمسجد فقد علم أنه لم يرد تمليكه وإنما أراد صرف الوصية فى مصالحه وكذلك الجسر والقنطرة، وكذلك إذا أوصى لميت وهو يعلم أنه ميت إنما أراد[٦] صرف

(١) وهو قول أصحاب الرأى والشافعى وأحمد. انظر المغنى لموفق الدين (٦/ ٥٨٧).

(٢) ثبت فى (ب) المبلغ.

(٣) ثبت فى (أ) كفارة.

(٤) قال الشيخ منلاخسروا: يشترط كون الموصى له حيًا وقتها إذ لو كان ميتًا لبطلت الوصية. انظر غرر الأحكام (٢/ ٤٢٧).

وكذا ذكره ملك العلماء الكاسانى رحمه الله. انظر بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٥).

(٥) ذكره الإمام النووى وقال: الوصية للميت باطلة سواء علم الموصى بموته أم لا. انظر روضة الطالبين (٦/ ١١٦).

وقال الشيخ الخطيب الشربينى: لا تصح لميت لكن ذكر الرافعى فى باب التيمم أنه لو أوصى بماء لأولى الناس به وهناك ميت قُدِّم على المتنجس أو المحدث الحى على الأصح وهذه فى الحقيقة ليست وصية لميت بل لوارثه لأنه هو الذى يتولى أمره. انظر مغنى المحتاج للخطيب الشربينى (٣/ ٤٠).

(٦) ثبت فى (ب) قصد.

الوصية فى وجوه نفعه ومصالحه، فإن كان عليه دين[١] قضى منها وإلا كانت لورثته أو تصدق بها عنه[٢]، ولأنه أراد أن يكون كماله، وأما إذا كان عنده أنه حى فلا تصح الوصية لأنه أراد تمليكه ولم يرد ما ذكرناه.

فصل

إذا أوصى لقرباته أو لأهله: ففى القربات يكون للأقرب فالأقرب لا يدخل معهم ولد البنات، وفى الأهل يكون للعصبة إلا إن أراد ذوى رحمه، وروى أنه يدخل فى ذلك العصبة وذوى الأرحام من لا يرثه وولد البنات والعمات والخالات، فوجه الأول: أن اسم القرابة مستحق من القرب فوجب أن يستحقه من يطلق عليه الاسم ولا يدخل عليه ولد البنات لأن قرباهم يختص لغيره، والأهل هم العصبة على الإطلاق لأنهم الذين يعقلون عنه ويملكون الولاية فى النكاح والصلاة على الجنازة، ووجه الثانية أن اسم القرابة والأهل يشتمل على كل من مسه به[٣] رحم وهذا أصح.

فصل

إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فالوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به[٤]، خلافًا لأبى حنيفة[٥] والشافعى فى قولهما إن الوصية فيما علم به وفى ما لم يعلم به[٦]، لأن ما لم يعلم به فقد تحققنا أنه لم يقصده بالوصية فلم يكن له مدخل فيها، أصله إذا أوصى بثلث هذه الدار فإنه لا يدخل عليه الوصية فى غيرها من التركة لأنه لم يرده.

---

(١) ثبت فى (ب) ديون.

(٢) ثبت فى (أ) عليه.

(٣) به: سقطت من (ب).

(٤) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى (٢/ ١٠٢٩)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٢٧).

(٥) قال الشيخ الموصلى: ويعتبر فى المال والورثة الموجود عند الموت حتى لو أوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالاً ومات أو كان له فذهب أو نقص فإن المعتبر ماله حالة الموت. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٣٠).

(٦) هذا على أحد قولين فى المذهب فى الوقت الذى يعتبر به المال يوم الموت أو يوم الوصية قولان. انظر مغنى المحتاج (٣/ ٤٧)، انظر حاشية الجمل على المنهج (٤/ ٥٠).

وإذا دبر عبداً وله مال يعلم به ومال لا يعلم به: فالمدبر لا يخرج من المال الذى يعلم به ففيها روايتان: إحداهما أن المدبر يكون فى المالين كالدين لأنه لا يجوز له الرجوع عنه، والثانية أنه يكون فيما علم به لأنه معتبر من الثلث كالوصية.

فصل

وإذا أوصى لوارث وأجنبى فلم يجز الورثة وصية الوارث فإنهم يحاصون الأجنبى بوصية الوارث فما حصل له رجع له ميراثًا وما بقى بعد ذلك فلأهل الوصايا، وقال الشافعى يبطل حق الوارث[١]، فدليلنا على المحاصة أن الميت شرك مع الأجنبى غيره فى الثلث فكأنه أعطاه[٢] الباقى عن عطية الوارث بدليل أن الورثة لو أجازوا الوصية للوارث لم يستحق الأجنبى إلا السدس، وإذا ثبت ذلك لم يكن له زيادة عليه بامتناع الورثة من الإجازة.

فصل

إذا هلك الموصَى له قبل موت الموصِى فلا شىء له، وإن كانت الوصية لجماعة فمات أحدهم قبل موت الموصِى فيها ثلاث روايات[٣]: إحداها[٤] أنه يحاص أهل الوصايا بقدر وصيته على علم بموته أو لا[٥] فما أصابه كان لورثة الموصى ولا شىء لورثة الموصى له، والأخرى أنها تبطل وصيته ولا يحاص أهل الوصايا بها علم بموته أو لم يعلم[٦]، والثالثة[٧] أنهم يحاصون إن لم يعلم ولا يحاصون إن علم.

فوجه الأولى أن الموصى قصد إعطاءهم ما بعد وصية الميت فلم يستحقوا زيادة على ذلك كما لو لم يمت، وإن لم يعلم فهو على العقد[٨] الأول، وإن علم فتركه إن تبين

(١) وهو الصحيح من مذهب الشافعى. قال الشيخ النووى: وإن ردّوا وصية الوارث سلم الثلث للأجنبى على الصحيح وقيل: لا يسلم له إلا السدس. انظر روضة الطالبين (٦/ ١١٢).

(٢) ثبت فى (أ) أعطى.

(٣) ذكرها ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٣٠).

(٤) ثبت فى (ب) إحداهن.

(٥) أم لا: سقطت من (أ).

(٦) ثبت فى (ب) أو لا.

(٧) ثبت فى (ب) والثانية وهو خطأ ظاهر.

(٨) ثبت فى (ب) على القصد.

إقراراً منه فالأمر[1] على ما كان عليه.

ووجه الثانية أن الموصى قد صرف إليهم المال وأخرجه عن تركته فلم يجز أن يرجع ميراثًا، فإن لم يعلم فالقصد على ما كان عليه وإن علم ولم يعين فذلك دلالة على تبقيته إياه.

ووجه الثالثة أنه إذا لم يعلم وقعت المحاصة لأنه لم يرد أن يكون لهم جميع المال الموصى به، فإذا علم فتركه أن يصرف المال إلى جهة أخرى، رضًا منه بأن يكون[2] باقيًا على حكم الوصية.

فصل

إذا أوصى له بعبد من عبيده وهم عشرة مثلاً، أو بعير من إبله أو بشاة من غنمه فله عشرهم بالقيمة كان ذلك رأسًا أو أقل أو أكثر[3] لأن ذلك هو العدل بين الورثة والموصَى له، وذلك أن الرأس من العشرة عشرهم فلا بد أن يعتبر بعدد الرؤوس أو بالقيم: ففى اعتبار الرؤوس تعارض الدعاوى لأن الورثة يقولون نعطيه أدونها قيمة والموصى له يقول أعلاها وليس أحدهم[4] أولى من الآخر فلم يبق إلا اعتبار القيمة، فإن مات من العشرة ثمانية وبقى اثنان فله نصفهما بالقيمة، ولو مات خمسة كان خمس الباقى، وإن كانت الوصية بجزء منهم فوصى بعشرهم وهم عشرة فهلك ثمانية وبقى اثنان لكان عشرهما بالقيمة لأن من مات من العشرة كأنه لم يكن فلا اعتبار به.

فصل

وإذا أوصى الرجل بنفقته عمره فإنه يعمر عند مالك سبعين سنة، وعند عبد الملك تسعين، وينظر كم مضى منها إلى يوم الوصية فحسب له نفقة ما بقى بالاجتهاد فى نفقة مثله وكسوته وسكناه: فيفرض له مقدار ذلك، فإذا عرف قدره جعل على يدى وصى أو أمين وأنفق عليه إما شهراً بشهر أو أسبوعًا بأسبوع أو سنة بسنة على ما يؤدى إليه

---

(١) فالأمر: سقطت من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) بكونه.

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٤٠)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٣٩).

(٤) ثبت فى (أ) أحدهما.

الاجتهاد مما لا يستضر به، فإن مات قبل استيفاء ما أعد له من النفـقة رجع باقى نفقته لورثة الموصى أو إلى أهل الوصاية إن كان المال ضاق عن استيفائها وإن كان عاش زيادة على التعمير فلا شيء له وقال أشهب يرجع إلى أهل الوصايا فيحاصهم ثانية.

وإنما قلنا إنه لا يعمـر لأنا لو لم نقل ذلك لم ندر كم نعطيه لأنا إن أنفـقنا عليه أبدًا إلى أن يموت ومدة بقائه مجهولة أضر بالورثة حيث حبس حقوقهم عنهم وإن لم يعطه شيئًا حتى يعلم كم بقى من عمره فإن ذلك غاية المحال فلم يبق إلا التعمير.

وإنما قلنا يعمر سبعين لأنه غالب التعمير وقد قال ﷺ: «أعمار أمتى ما بين[1] الستين إلى السبعين وأقلهم ما يجاوز ذلك»[2]، ووجه قول عبد الملك تسعين سنة لأنها الغالب من تناهى الأعمار وقول مالك أصح، ولو أوصى لمن له سبعين أو ثمانين لم يكن له[3] إلا الاجتهاد فى نفـقة مثله، وإنما قلنا إنه ينفق عليه على ما ذكـرناه ولا يسلم إليه دفعة ليتم غرض الموصى لأن غرضه امتداد الإنفاق بقية عمره، وإذا سلمت النفقة إليه جاز أن يتلفها لوقته أو يسرف فى صرفها غرض الموصى.

وإنما قلنا إنه إذا مات قـبل استيفـاء المدة والنفقة كان باقى النفـقة لورثة الموصى لأن الموت سبب استحـقاقها فعادت ميراثًا، وذلـك كقوله: إذا مت ودخل زيد الدار فأعطوه دينارًا فمات زيد قبل دخوله فيعود ميراثًا، ولا شيء لورثة الموصى له لأنه لم يكن مالكًا لها[4] فتنقل إلى [ورثته لأن الموصى أراد إيصالها إليه لا إلى][5] ورثته.

وإنما قلنا إنها تعود إلى الوصايا إن كان المال ضاق عنها لأن الوصايا أولى بالثلث من الورثة وإنما دخلها النقص عند المزاحمة، فإذا مات عن شيء مما أوصى له زالت المزاحمة فى ذلك القدر فعاد إلى الوصايا، وإنما قلنا إنه إن عاش زيادة على التعمير فلا شيء لأن ذلك كالحكم الذى قد نفذ فلا ينتقض[6] باجتهاد آخر، ووجه قول أشهب أنا نتبين لبقائه

---

(١) ثبت فى (ب) من.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣/٥١٨) ح (٦٥٢٢)، والحاكم فى المستدرك (٢/٤٢٧) قال: وهذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٣) ثبت فى (ب) فيه.

(٤) ثبت فى (ب) مالكها.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) ينقض.

بعد التعميـر غلط ذلك الاجتهاد فإذا أمكن تلافيه وجب العـود فيه، ولأنه لما كان موته قبل استيفائه يوجب رده المال إلى الوصايا إذا احتاجت إليه كان بقاؤه بعدها يوجب عوده عليها.

وإنما قلنا: إن هذه النفقة من الثلث لأنها وصية فكانت فى الثلث كسائر الوصايا.

فصل

الأمراض على ضربين: منها ما لا يخـاف فى العادة وذلك كالجذام والبرص والبلغم والجنون الذى يفيق معه أحـيانًا فهذا حكمه حكم الصحة لا يمنع صاحـبه التصرف فى شىء من ماله بعوض وبغير عوض وما يهـبه ويتصدق له نافذ من رأس ماله، والضرب الآخر: ما يخاف منه وهو الذى لا يؤمن ترقبه[١] إلى الموت كالحمى الحادة والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك فـهذا هو الذى يتعلق عليه حق الحجر على من وجـد به فيما زاد على قدر حاجته من الإنفـاق فى الأكل والكسوة والتداوى والعلاج وشراء[٢] ما يحتاج إليه من الأشـربة والأدوية وأجرة الطبيب، ويمنع مما سـوى ذلك مما يخرج[٣] على غير بدل يحصل للورثة من هبة أو صدقة، ويكون ما فـعل من ذلك موقوفًا على موته فينفذ من الثلث أو على صحتـه فينفذ على ما بيناه، ولا يمنع من التصرف بالمعـاوضة المعتادة فى التجـارة التى لا يحابى[٤] معـها كـالبـيع والشراء بمثل ثمن المثل والإجـارة والرهن والأخذ بالشفعة وما أشبه ذلك.

وإنما قلنا فى القـسم الأول إنه لا يوجب الحجر لأن الخـوف إذا عدم معـه لـم يتعلق للورثة حق، لأن علته ثبوت الحجر لهم الخوف من الموت لأن حضور سبب الشىء جارٍ فى المنع مجرى حضور نفسه فإذا عدم هذا المعنى زال ما يجب[٥] بوجوده.

وإنما قلنا إن الحجر لا يتـعلق بما يحتاج إليه لأن حقـه مقدم على حق[٦] الورثة، فلا يثبت لهم حق الحجر إلا فيما فضل عـن حاجته لأن الحجر لا يدخل فى الواجبات وإنما

---

(١) ثبت فى (أ) توفيه.
(٢) ثبت فى (ب) وشراء.
(٣) ثبت فى (أ) يجرى.
(٤) ثبت فى (أ) لا محاباة.
(٥) ثبت فى (أ) يوجب.
(٦) ثبت فى (ب) حقوق.

يدخل فى التطوع، ولأن الوصية مقدمة على الميراث بحق الوصية[١]، فحقه حال الحياة أولى.

وإنما قلنا إنه يمنع من سرف أو ما يخرج عن عادة فى قدر ما يحتاج إليه لأن ذلك إخراج مال على غير عوض يستفيده أو ورثته فكان فى معنى إضاعته وذلك ممنوع فيه.

وإنما قلنا إن تصرفه فى المعاوضات جائز إذا لم يكن فيها محاباة لأن الحجر لا يوجب المنع من التقلب فى المال لأن الورثة لا يتعلق لهم حق فى أعيان المال وإنما الحق لهم فى مقداره ومبلغه.

فصل

الحامل إذا بلغت سته أشهر والمحبوس للقتل فى قصاص أو حد والزاحف فى الصف كل هؤلاء حكمهم حكم المريض المخوف عليه فى وجوب الحجر عليهم[٢]، خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى فى إجازتهما لهم التصرف ما لم يضرب الحامل الطلق ويقرّب المحبوس إلى القتل وتقدم الزاحف إلى البِرَاز[٤]، لقوله تعالى: **﴿فلما أثقلت دعوا الله ربهما﴾** [الأعراف:١٨٩] قيل فى التفسير لما بلغت ستة أشهر، ولأنها بلغت حد الوضع كبلوغها حال الطلق، ولأن الله تعالى[٥] قد جعل حضور سبب الموت كحضور الموت نفسه فقال: **﴿ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون﴾** [آل عمران:١٤٣] يريد أسبابه وعلاماته، وهذا موجود فى المحبوس للقتل والزاحف فى الصف، ولأن تجويز الموت عليهم مع حضور سببه كتجويزه على المريض مع اختلاف الأمراض المخوفة فى زيادة بقاء المرض[٦] وسرعة تلفه، فإذا كان لا اعتبار به فكذلك فى مسألتنا.

أما الراكب فى البحر الخائف من الغرق: فقال ابن القاسم: حكمه حكم الصحيح،

(١) ثبت فى (ب) لحق الموصى.
(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٢٧).
(٣) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية للمرغينانى (٤/٥٩٦, ٥٩٧)، انظر غرر الأحكام لمنلاخسروا (٢/٤٣١).
(٤) انظر روضة الطالبين (٦/١٢٣)، انظر مغنى المحتاج (٣/ ٥٠).
(٥) ثبت فى (ب) عز وجل.
(٦) ثبت فى (أ) فى زيادتها المرض.

وقال أشهب حكمه حكم الحامل إذا بلغت ستة أشهر والزاحف فى الصف، وهذا أقيس لأنها حال خوف على النفس كإثقال الحامل.

فصل

إذا أوصى بوصيتين أو أكثر: فإن لم يكن فيها تناقض وما يدل على رجوع نفذ جميعها، وإنما وجب ذلك لأن قصده إلى تنفيذها جميعها ممكن ولا شيء يدل على رجوعه فوجب تنفيذ الكل، وإن كان فيها رجوع عن بعضها نفذ ما لم يرجع فيه وبطل ما رجع عنه لأن ما رجع عنه مفسوخ بما ثبت عليه، فإن أوصى لرجل فى موضعين بدنانير أو غيرها مما يكال أو يوزن مما لا يتعين من نوع واحد ولم يذكر إبطالاً لأحدهما ولا أنهما جميعًا للموصى له فله، واحدة منهما لاحتمال أن تكون الآخرة تكرارًا لابتداء، فإن كانت إحداهما أكثر من الآخرة فله الأكثر منهما لأنها إن كانت هى الآخرة فقد زاد على الأولى وإن كانت هى[1] الأولى فيحتمل أن يكون الأقل رجوعًا عنها إلى الأقل، ويحتمل أن يكون زيادة مضمومة إليها فالأولى متيقنة فكانت أولى من الأقل، هذه رواية ابن القاسم وابن عبد الحكم عن مالك، وذكر ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون عنه أنه ينظر إلى الأكثر: فإن كان هو فى الأولى أعطى الجميع، وإن كان فى الآخرة أعطى الأكثر فقط، قال لأنه إذا كان الأكثر هو أول الوصيتين [حمل الأقل بعده على أنه سبيل فيه قراره، وإن كان الأقل أو له الوصيتين][2] كان رجوعًا عن الأولى، هذا الحكم فيه إن كان من نوع واحد، وإن كان من أنواع شتى[3] مثل دنانير وثياب أو عروض فله الوصيتان جميعًا ولا مقال للورثة لأنه لا ينسب إلى تكرار ولا إلى رجوع عن أحدهما[4].

فصل

إذا أوصى بشيء بعينه مثل عبد أو دابة أو ثوب لرجل ثم أوصى به للآخر ولم يذكر

---

(١) هى: سقطت من (أ).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) شتى: سقطت من (ب).

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٢٦)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٣٠).

رجوعًا عن الأول كان بينهما نصفين[١]، خلافًا لمن يقول يكون للأول، ولمن قال إنه للثانى[٢]، لأن وصيته به لآخر لا تحتمل[٣] الرجوع وتحتمل الشركة فلم يحمل على الرجوع مع إمكان غيره، ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان هو لفلان كان رجوعًا لأنه نقله عن المحل[٤] الأول للذى جعله بعده فانتفى الاحتمال.

فصل

فإن أوصى بإعتاق عبد بعينه ثم وصى به لرجل، أو أوصى به لرجل أولاً ثم ثانية بالعتق فالآخرة نقض للأولى أيهما كانت هذا قول ابن القاسم، وقال أشهب الحرية أولى قدمت أو أخرت، ولابن القاسم أنه قد ثبت أن الوصية لـلثانى يحتمل الرجوع ويحتمل الشركة وإذا احتملت الشركة [لم يجز حملها على الرجوع على ما بيناه.

فصل

فإذا لم يحتمل الشركة][٥] لم يبق إلا الرجوع، وذلك أن العتق لا يجوز[٦] الاشتراك فيه لأنه بمنزلة ابتداء بتبعيضه، وإذا امتنع ذلك لم يبق إلا الرجوع[٧]، ولأشهب أن العتق مغلب على غيره فوجب تقديمه.

فصل

الوصية لا تجب إلا بموت الموصى وقبول الموصى له بعد موته، لأن الموصى ما دام حيًا فله الرجوع فى الوصية فلم يجب للموصى له حق فيعتبر قبوله، وإذا مات وجب أن يكون للموصى له حق القبول فإن قبل تمت الوصية وإن ردها عادت ميراثًا أو فيما جعلها فيه إن كان شرط ذلك، ولا يدخل فى ملكه بموت الموصى دون القبول، خلافًا

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٢٧).

(٢) قال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود: وصيته للآخر منها. انظر المغنى لموفق الدين (٦/٤٨٣).

(٣) ثبت فى (ب،هـ) يحتمل.

(٤) ثبت فى (أ) الحمل.

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) لا يكون.

(٧) ثبت فى (ب) أنه رجوع.

لأحد أقاويل الشافعى[(١)]، لأنه تمليك عين فافتقر إلى القبول كالهبة واعتباراً بالهبة حال الحياة.

وأما إن مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد: فقد قال شيخنا أبو بكر الأبهرى الأشبه أن تكون لورثة الموصى بها [لأنها على أصل ملك أبيهم إلى أن يخرج عنهم بقبول الموصى له][(٢)] وقال غيره من شيوخنا يكون القبول لورثة الموصى له لأنه حق وجب له فإذا مات انتقل إلى ورثته فقاموا فيه مقامه كسائر الحقوق وهذا كأنه أقيس.

فصل

إذا أوصى لرجل بشىء من ماله بعينه وله أموال كثيرة من عين وعروض وعقار وديون، وكان ما أوصى له به دون الثلث من جميع تركته فقال الورثة: لا نعطيه هذا لأنا لا نأمن أن يتلف الديون أو العروض قبل القبض أو البيع فيكون قد فات[(٣)] بالعين التى أخذها، فعندنا أنهم مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما أوصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث الميت، ثم هل يقطع له بثلثه[(٤)] فى جميع التركة أو فى الشىء الموصى له به بعينه على روايتين، وقال أبو حنيفة[(٥)] والشافعى له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكاً فى جميع ما تركه الميت حتى يستوفى تمام قيمته[(٦)]، فدليلنا أن الورثة متعدى عليهم لأن الميت لم يكن له أن يوصى من العين بأكثر من قدر نصيبه منه وهو الثلث منها، فلما وصى بجميعها كان متعديا فكان الخيار للورثة بين أن ينفذوا ما وصى به أو يفرجوا عن الثلث لأنه إذا تعدى إلى مال ليس له وجب رد تعديه إلى ماله وإذا كان كذلك ثبت ما قلناه.

ووجه قصر الثلث على العين الذى وصى بها فلأنه لم يرد الوصية بغيرها وإنما أراد

(١) ذكره الإمام النووى. وقال: متى يملك الموصى له الموصى به؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: بالموت. والثانى: بالقبول. والثالث: وهو الأظهر أنه موقوف فإن قبل تبيناً أنه ملك بالموت وإلا بان أنه كان للوارث. انظر المغنى لموفق الدين (٦/ ١٤٣)، انظر مغنى المحتاج (٣/ ٥٤).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ثبت فى (ب) قد فاز.

(٤) ثبت فى (أ) بمثله.

(٥) ذكره الشيخ المرغينانى. انظر الهداية للمرغينانى (٤/ ٥٩٠) ، انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٤٥).

(٦) ذكره الإمام النووى. انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٠٢)، انظر مغنى المحتاج (٣/ ٤٩).

هذه العين فمهما وجدنا سبيلاً إلى إخراج العين كان أولى، ووجه القول الآخر أن التعدى إذا سقط ورد إلى الثلث صار فى حكم من وصى بالثلث ابتداء.

فصل

إذا ضاق الثلث عن الوصايا قدم الأوكد فالأوكد، فالمدبر فى الصحة يقدم على المبتل[١] فى المرض، وعلى المدبر فى المرض لقوة التصرف فى الصحة على التصرف فى المرض والعتق المبتل فى المرض يقدم على الوصية بالعتق[٢] لأن المبتل ليس له فيه رجوع إذا صح والوصية يرجع فيها، وإذا أوصى بعتق عبد بعينه كان فى ملكه أو ليشترى ويعتق كان مقدمًا على غيره من الوصايا لتأكد حرمة العتق، وإن كانت الوصية بعتق غير معين فهى وسائر الوصايا سواء لأنها وصية بمال، والوصية بعتق معين تبدى على الزكاة لأنها حرمة ثبتت فى البدن، ولأن العتق مبنى على التغليب، وقال عبد الملك الزكاة مبتدأة لأنها حق من حقوق الله تعالى، وإذا أوصى بزكاة وكفارة قدمت الزكاة على الكفارة لتأكيد وجوبها[٣].

فصل

إذا فرط فى زكاة عليه: فإن أوصى لزم الورثة إخراجها عنه، وإن لم يوص لم يلزم الورثة[٤] خلافًا للشافعى[٥]، لأن إخراجها موكول إلى اجتهاد[٦] أمانته فيجوز أن يكون قد أخرجها إلا أن يعلم أنه لم يفرط مثل أن يحول الحول وهو مريض لا يعقل أو يؤدى إليه الغريم نصابًا من دينه فهذا يجب أداء الزكاة من رأس المال وصى بها أو لم يوص لزوال التهمة فيها، وإذا أوصى بما فرط فيه فهو من الثلث، خلافًا للشافعى[٧]، لأنه

---

(١) على المبتل: سقطت من (أ).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٣٥).

(٣) قال ابن عبد البر فى الكافى: قال عبد الملك: يبدأ العتق المعين على الزكاة، والزكاة مبدأة على كفارة اليمين. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٣٥).

(٤) ذكره فى المدونة. انظر المدونة (٤/ ٣٠٩)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٤١).

(٥) فى قوله: إن الزكاة يجب اخراجها أوصى أو لم يوصِ. انظر المهذب للشيرازى (١/ ٤٥٣)، انظر روضة الطالبين (٦/ ١٣١).

(٦) إجتهاد: سقطت من (ب).

(٧) فى قوله: إنها تكون من رأس المال. وقال الإمام النووى: وقيل: يكون ذلك من الثلث وهو ضعيف. انظر روضة الطالبين (٦/ ١٣١)، انظر المهذب للشيرازى (١/ ٤٥٣).

يتهم أن يكون أراد الانتفاع بالمال حياته وصرفه عن ورثته بعده فكانت كالوصايا ولم تكن كالديون.

فصل

وإذا تزاحمت الوصايا [قدمت على ما هو أضعف منها خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: إنها وسائر الوصايا][1] سواء[2] لتأكيدها على غيرها إذ لولا التهمة لكانت من رأس المال.

فصل

وإذا أقر المريض بدين لوارث فقد بيناه فى باب الإقرار لأن المراعى[3] فيه التهمة، وإذا أقر بأمانات كودائع وفرائض[4] لمن لا يتهم له: فإن وجدت بأعيانها ردت على أصحابها، وإن لم تعرف كانت كالديون، ويحاص بها عند ضيق المال لأنه إذا أقر بها ولم يذكر أنها تلفت فالظاهر استهلاكه لها وتعلقها بذمته.

فصل

وإذا أوصى لرجل بمائتين ولآخر بمائة ولثالث بمثل إحدى الوصيتين ولم يبين أيهما أراد ففيها روايتان: إحداهما أن له نصف الأولى ونصف الثانية[5]، والثانية أن له مثل الآخرة، وقال أشهب له مثل الأقل منهما.

فوجه الأولى أن مقدار الصغرى متحقق أنه موصى له به ونصف الكبرى فيصير النزاع فى النصف الآخر من الكبرى فيتداعيانه[6]، ولا بينة لواحد منهما فيكون بينهما، ووجه الثانية أن قوله له مثله ترجع الكناية منه إلى الأقرب وهو الذى يليه لأنه الظاهر من الكلام، ووجه قول أشهب إن الأقل متيقن وما زاد عليه فمشكوك فيه فكان اليقين دون الشك وبالله التوفيق.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

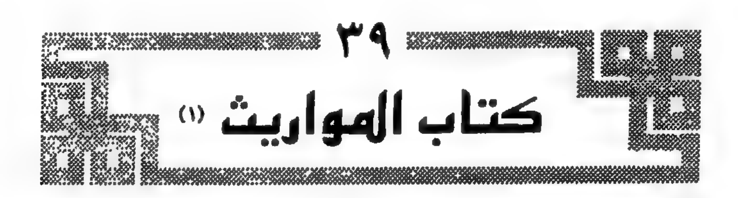
(٢) ذكره ملك العلماء الكاسانى. وقال: واختلفت الرواية عن أبى يوسف فى الحج والزكاة روى عنه: أنه يبدأ بالحج وإن أخره الموصى فى الذكر وروى عنه أنه يبدأ بالزكاة وهو قول محمد. انظر بدائع الصنائع للكاسانى (٧/ ٣٧١).

(٣) ثبت فى (أ) المدعى.

(٤) ثبت فى (ب) كوداع وقرائض.

(٥) ذكرها فى الكافى. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٣٩).

(٦) ثبت فى (أ) فيدعيانه.



٣٩
كتاب المواريث [١]

الأسباب التى يتوارث بهـا ثلاثة: الرحم والولاء والنكاح، والعلل المانعة من الميراث ثلاثة: كفر ورق وقتل، فـالمسلم والكافر لا توارث بينهما، والعبد الذى يسـتغرقه الرق ومن فيه بقية منه لا يرث ولا يورث إلا بالملك، وكذلك من فـيه عقد من عقود العتق، وقاتل العمد لا يرث مقتوله، وقاتل الخطأ يرث من غير الدية، والمرتد لا يرث بحال[٢].

فصل

وإنما قلنا إن الرحم يورث بهـا لإيجاب الله تعـالى التـوارث بين الوالدين والمولودين والإخوة وغـيرهم من الأنساب، وكـذلك النكاح لإيجابه تعالـى الموارثة بين الزوجين، وأما الولاء فقد بيناه فيما تقدم.

فصل

وإنما حصرنا وجوه[٣] التوارث على هذه الثـلاثة، لأن التوارث بغيـرها إما أن يكون مجمع على منعه وأنه لم يثبت، أو على أنه منسوخ إن كان ثبت فى وقت مثل التوارث بالنصـرة والهجـرة والحلف والأخـوة والمولاة، وأنه لا يكون إلا بـبعض ما قـدمناه من الأسباب الثلاثة.

---

(١) المواريث فى اللغـة: جـمع مـيراث وهو المال المخلَّف عـن الميت أصله مـوراث انقلبت الواو ياء لانكسـار ما قبلها ويقال له: التراث أيضًا أصل التـاء فيه واو وفى الجمع رجعت إلى غيرها. انظر المطلع على أبواب المقنع لشمس الدين البعلى (ص ٢٩٩).
وفى الاصطلاح يقال لهـا: الفرائض وهو الفـقه المتعلق بالإرث وعلم مـا يوصل لمعرفة قـدر ما يجب لكل ذى حق فى التركة. انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٢/ ٦٨٧).
وقال الشيخ الدردير فى الشرح الكبيـر: هو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٥٦).
(٢) انظر المدونة (٣/ ٨٧). انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٨٦).
(٣) ثبت فى (ب)، (هـ) وجوب.

فصل

وإنما قلنا إن الكافر لا يرث المسلم لقـوله ﷺ «لا يرث الكافر المسلم»[١]، وقوله ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين»[٢]، وللإجماع على ذلك[٣]، وإنما قلنا إن المسلم لا يرث الكافر خلافًا لمعاذ ومعاوية ومحمد بن الحنفية[٤]، واعتبارًا بالكفـر بعلة اختلاف الدينين، وإنما قلنا إن العبد لا يرث لأن الميراث مـبنى على تساوى الحرم فلو قلنا إنه يرث لكان مورثه لا يخلو أن يكون مات حرًا أو رقًا: فـإن كان مات رقًا فسيـده أولى بماله، ولأن بسبب الحر لا يرثه ليقدم[٥] سيده عليه والعبد أولى، وإن كان مات حرًا فحرمته مخالفة لحرمته فلم يرثه، فأما سيده فيرثه بالرق لا من[٦] طريق حقيقة الإرث، وإنما قلنا إن من فيه بقية رق فإنه لا يرث خلافًا لمن ورثه[٧] لوجود الرق فيه كما لو استغرقه، ولا يجوز أن يقابل بأن يقال يجب أن يرثه للحرية التى فيه كالحـر الكامل لأن المانع والمبيح إذا اجتمعا غلب المنع، ولأن أحكام الرق أغلب عليه بدليل منع شهادته ونقـصان حدوده وطلاقه وسقوط الجمعة عنه والحج وغير ذلك لأن الميراث مشروط بتساوى الحرم على ما بيناه.

وإنما قلنا إن ماله إذا مات لمن فيه بقية رق لمالكه خلافًا لأصحاب الشافعى فى قولهم إن ورثته يرثون نصيبه الحر[٨]، وقول[٩] بعضهم إنه لبيت المال[١٠]، لأن كل من لم يرث

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخـرجه أبو داود فى الفـرائض (٣/ ١٢٥) ح (٢٩١١)، والتـرمذى فى الفـرائض (٤/ ٤٢٤) ح (٢١٠٨)، وابن مـاجه فى الفـرائض (٢/ ٩١٢) ح (٢٧٣١)، وأحمـد فى المسند (٢/ ٢٦٣) ح (٦٨٥٦).

(٣) ذكره ابن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦٥)، انظر فتح البارى (١٢/ ٥١, ٥٢).

(٤) وقال ابن قدامة: وحكى ذلك عن عمر رضى الله عنه أيضًا. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦٦)، انظر فتح البارى (١٢/ ٥١).

(٥) ثبت فى (ب) لتقدير.

(٦) ثبت فى (أ) ولأن.

(٧) روى عن المزنى وابن سريج: أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٤)، انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٠).

(٨) انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٤)، انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٠).

(٩) ثبت فى (ب) وقال.

(١٠) وهو على قول الشافعى القديم وهو منسوب إلى أبى سعيد الإصطخرى ونقله الفرضيون عن ابن سريج كذا ذكره الإمام النووى. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٤) انظر روضة الطالبين (٦/ ٣٠).

لمعنى لولاه لورث فإنه لا يورث، أصله العبد والكافر، ولأن قدر ما فيه من الحرية [إذا لم يوجب له أن يرث لم يوجب له أن يورث، ولأن أحكام الرق أغلب عليه وقدر ما فيه من الحرية][1] لم يجعل حكمه حكم الأحرار بقدره فى أن يستحق بعض حد الفرية والتغريب والحصانة وقبول الشهادة وغير ذلك فكذلك الميراث.

فصل

وإنما قلنا إن من فيه عقد من عقود العتق: كأم الولد والمكاتب والمدبر والمعتق إلى أجل فى منع الإرث كالعبد لأن الرق باق عليهم بدليل أنهم لا يرثون به لأن عقد الحرية ليس بآكد من مباشرتها، وقد بينا أنها إذا لم يستغرق وبقيت بقية[2] من الرق لم يحصل بها توارث فما دونه أولى.

فصل

وإنما قلنا إن قاتل العمد لا يرث لقوله ﷺ: «ليس لقاتل العمد[3] شيء»[4]، وروى ليس لقاتل العمد[5] ميراث[6]، وللإجماع على ذلك[7]، ولأن التهمة تؤثر فى المواريث[8]

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ،هـ).

(٢) ثبت فى (أ) بقية رقبته.

(٣) العمد: سقطت من (ب).

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ فى العقول (٢/٨٦٧) ح (١٠)، والدارقطنى فى سننه (٤/ ٩٥ ـ ٩٦) ح (٨٤)، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٦١) ح (١٢٢٤١).

(٥) العمد: سقطت من (ب).

(٦) أخرجه ابن ماجه فى الديات (٢/٨٨٣) ح (٢٦٤٥)، فى الزوائد: إسناده حسن. وأحمد فى المسند (١/ ٦١) ح (٣٤٨).

(٧) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن القاتل عمداً لا يرث من مال من قتله ولا من ديته شيئًا. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٧٠).

وقال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئًا إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورَّثاه ، وهو رأى الخوارج. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦١).

وقال ابن تيمية: واتفقوا أنه لا يرث القاتل عمداً بالغ ظالم عالم بأنه ظالم من الدية خاصة واختلفوا فيما عدا ذلك وروينا عن الزهرى: أن القاتل عمداً يرث من المال لامن الدية. انظر مراتب الإجماع لابن تيمية (ص ٩٨).

(٨) ثبت فى (ب) الميراث.

فى الإدخال والإخراج بدليل أن المتزوج فى المرض المخوف لا يرث بالتهمة بإدخال وارث على روثته، ولأن المطلقة ترث[١] فيه للتهمة بمنعها[٢] من الميراث والقاتل عمداً متهم باستعجال الميراث فمنع منه.

فصل

وإنما قلنا إن قاتل الخطأ يرث خلافًا لأبى حنيفة[٣] والشافعى[٤]، لعموم الظواهر[٥] مثل قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله فى أولادكم﴾ [النساء:١١] وغير ذلك، وروى هشام بن عروة عن أبيه عن النبى ﷺ: فى قاتل[٦] الخطأ يرث من المال ولا يرث من الدية[٧]، ولأن كل معنى لا يمنع التساوى فى الحرم والدين ولا يوجب القود لا يزيل جهة التوارث ولا يمنع الميراث، أصله غير القتل من سائر الأفعال، وفيه احتراز من الطلاق فى الصحة لأنه يزيل جهة التوارث.

فصل

وإنما قلنا لا يرث من الدية خلافًا لمن قال إنه يرث منها لأن الدية واجبة عليه بجناية والعاقلة تحملها[٨] عنه تخفيفًا، ولا يجوز أن يجنى جناية يستحق بها مالاً لأن الجناية إن لم تلزمه شيئًا فلا أقل من أنها لا تفيده استجلاب مال.

فصل

أما المرتد فأمره مراعى موقوف على توبته: فإن تاب عاد إلى ما كان عليه من أحكام الإسلام، وإن قتل أو مات على ردته انتقل ماله إلى بيت المال ولم يرثه ورثته من

---

(١) لوث: سقطت من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) منها.

(٣) ذكره الشيخ الموصلى فى الاختيار. وقال: وأما القتل فالقاتل مباشرة بغير حق لا يرث من مقتوله عمدًا كان أو خطأ. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٩٩)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٤٥٤).

(٤) قال الشيخ الشيرازى: ومن أصحابنا من قال: لا يرث القاتل بحال وهو الصحيح. انظر المهذب للشيرازى (٢/ ٢٤)، انظر روضة الطالبين (٦/ ٣١).

(٥) ثبت فى (أ) الظاهر.

(٦) ثبت فى (ب) قتل.

(٧) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٦٠) ح (١٢٢٣٧).

(٨) ثبت فى (أ) حاملة.

المسلمين ولا من أهل الدين الذى انتقل إليه وقد بيناه فيما تقدم.

فصل

لا يجب ميراث بشك[١]، فإن قتل قرابة[٢] يتوارثون بين الصفين أو غرقوا أو ماتوا تحت الهدم ولم يعلم الأول منهم لم يورث بعضهم من بعض وورثهم ورثتهم من الأحياء، مثل أخوين لأب ملكا ببعض ما ذكرناه وترك كل واحد زوجة وأمًا وأخًا من أم فإن الباقى عندنا يكون لبيت المال دون الأخ الآخر، واختلف الصحابة رضى الله عنهم فى ذلك فذهب بعضهم إلى هذا[٣] وبعضهم إلى توريث كل واحد منهم من الآخر[٤]، وإنما قلنا ذلك لأن المواريث[٥] لا تجب بالشكوك ولما شككنا فى أيهما مات أولاً لم يجز أن يرث وارث مشكوك فى استحقاقه الميراث.

فصل

إذا طرح[٦] الجنين فاستهل صارخًا فقد ثبتت حياته ويرث ويورث وكذلك إن أقام أيامًا وإن لم يصرخ بذلك يقوم فى باب العلم بحياته مقام الصراخ، وإن تحرك ثم مات ولم يصرخ لم تثبت حياته فلا يرث ولا يورث، واختلف فى العطاس وقد بيناه فيما تقدم.

---

(١) ثبت فى (ب) الشك.

(٢) ثبت فى (أ) قرابته.

(٣) روى ذلك عن أبى بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن على رضى الله عنهم وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهرى والأوزاعى والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ويروى ذلك عن عمر وعبد الرحمن بن عوف والحسن البصرى وراشد بن سعد وحكيم بن عمير، وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (١٨٦/٧).

(٤) وهو قول عمر وعلى وشريح وابراهيم والشعبى وهو رواية عن أحمد بن حنبل وهو قول إياس ابن عبد الله المزنى وعطاء والحسن وحميد الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبى ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وحكى ذلك عن ابن مسعود. انظر المغنى لموفق الدين (١٨٦/٧).

(٥) ثبت فى (ب) التواريث.

(٦) ثبت فى (ب) سقطت.

فصل

من ألحق بأبيه بعد موته ورثه[١] لأن المقر بنسب ولد منه أو الشهود الذين يثبتون الأنساب إنما يثبتون نسبًا متقدم الثبوت[٢] على الموت لا حادثًا بعده، وإذا كان كذلك ثبت أن الموت طرأ على نسب حاصل ثابت فوجب أن يستحق الميراث به.

فصل

إذا مات وله وارث فيه بعض الأسباب المانعة من الميراث من كفر أو رق فزالت بعد الموت وقبل القسمة لم يرث، خلافًا لمن قال إنه يرث إذا زالت[٣]، لأن كل من لم يكن وارثًا في حال الموت لوجود معنى فزواله بعد الموت لا يصيره وارثًا، أصله بعد القسمة.

فصل

ولد الملاعنة إذا مات وترك أمه وإخوته لأمه ورثوا منه[٤] سهامهم وكان ما بقى لموالى أمه إن كانت معتقة، وإن كانت عربية فللمسلمين ولا يكون لعصبتها، وقال ابن مسعود هى عصبته فيكون ما بقى لها فإن لم تكن فعصبتها عصبته[٥]، وإنما قلنا: إن الفاضل لموالى أمهم لأنهم عصبة له، ولأنه ينسب إلى ولايتهم، وإنما قلنا: إن العربية يكون الفاضل من ميراث ولدها للمسلمين دونها لأن الأم لها رحم محض فلا يكون عصبة بالنسب على وجه كالإخوة من الأم، وإنما قلنا إن عصبتها ليسوا عصبة لولدها لأنهم أخوال وذوو أرحام فلا تعصيب فيهم.

فصل

وإذا ولدت الملاعنة توأمين توارثا بأنهما أخوان لأم وأب لأن لعان أبيهما يسقط

---

(١) انظر المدونة (٣/ ٨٩).

(٢) ثبت فى (ب) شيئًا متقدم الثبوت.

(٣) روى ذلك عن الأثرم ومحمد بن الحكم وروى أيضًا عن عمر وعثمان والحسن بن على وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول وقتادة وحميد وإياس بن معاوية وإسحاق وبه قال الحسن وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٧١، ١٧٢).

(٤) ثبت فى (أ) منهم.

(٥) ذكره ابن قدامة فى المغنى. وقال: وروى نحوه عن على ومكحول والشعبى وهو الرواية الثانية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٢٣).

نسبهما منه دون توريثهما بينهم.

فصل

ولد الزنا لاحق بأمه، والحكم فيه كـالحكم فى ولد الملاعنة إلا أنها إذا ولدت توأمين توارثا بأنهما أخـوان لأم بخلاف ولد الملاعنة لأنه لا شبهـة لهما فى نسبـهما من واطء لأم.

فصل

الأعاجم إذا انتسبوا[١] لم يقبـل قولهم فى أنسـابهم فى باب التوارث إلا أن تشـهد بذلك بينة[٢] بهـا، فأمـا ما يقـول القائـل منهم: هذا أخى، هذا ابنى[٣] فلا يقـبل منه ذلك[٤]، لأنه يريد بذلك قطع اسـتحقاقنـا لإرثه فلا يقبل، فـإن كانت ولادتهم فى دار الإسلام أنـسابهم تثـبت، فأمـا بلدان أعاجم المسلمـين الذين يحـفظون أنسابهم فـإنهم كالعرب فى ثبوتها والحكم بها[٥].

فصل

ولا يرث ذوو الأرحام شيئًا خلافًا لأبى حنيفة[٦] والشافعى[٧]، وهم من عدا السبعة عشر الوارثين بالأسـباب الثلاثة، وعدة أصول ذوى الأرحام أربعـة عشر: ولد البنات، والجـد أبو الأم، [والجـدة أم أبى الأم][٨]، وولد الأخ للأم، وولد الأخـوات، وبنات الإخوة وبنات العـمومة، والعمـة وولدها والخال والخالة وولداهمـا والعم أخو[٩] الأب

---

(١) ثبت فى (ب) سبوا.

(٢) ثبت فى (ب) أن يشهد بينة بسببها.

(٣) ثبت فى (ب) وهذه بنتى.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٤٥).

(٥) ثبت فى (أ) فى ثبوتهم الحكم بها.

(٦) فى قوله أنهم يرثون. انظر الاختيار للموصلى (٤/ ١٨٥)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٤٥٨).

(٧) وهو أحد قولين فى مذهب الشافعى. والصحيح عند الشافعية: أنهم لا يرثون شيئًا. انظر روضة الطالبين (٦/ ٦).

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٩) ثبت فى (أ) اخ.

لأمه ومن جرى مجراهم فى هذا[1] النسب، ودليلنا ما روى أن رسول الله ﷺ دعى لجنازة فقيل ترك عمة وخالة فقال: «اللهم وعمة وخالة» ثم قال «ما أجد لكما فى كتاب الله شيئًا»[2]، وفى بعض طرقه «أن جبريل يخبرنى أنه لا شىء لهما»[3] ولأن كل بنت[4] أنثى لم ترث مع أختها إذا انفردت، أصله بنت المولى، ولأن المولى المنعم لما قدم على ذوى الأرحام دل على أنه لا حق لهم فى الإرث لأن الولاء[5] لا يتقدم على النسب.

فصل

إذا استوفى أهل الفروض[6] حقوقهم كان الفاضل[7] لبيت المال ولا يرد على ذوى السهام، وذهب على بن أبى طالب رضى الله عنه إلى الرد وتابعه عليه ابن مسعود على اختلاف بينهما فى كيفيته واتفقوا على أنه لايرد على زوج ولا زوجة[8]، ودليلنا قوله تعالى فى البنت ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء:١١]، وفى الأخت ﴿فلها نصف ما ترك﴾ [النساء:١٧٦] فلم تجز الزيادة عليه، ولأن كل من ورث مقداراً من فريضة لم يستحق زيادة عليه إلا بتعصيب كالزوج والزوجة، ولأن المسلمين يعقلون عنه فجاز أن يرثوا ما فضل عن ذوى السهام كالموالى[9].

فصل

الخنثى يعتبر منها بالمبال، فإن بال من الذكر حكم له بحكم الذكر، وإن بال من الفرج حكم له بحكم الأنثى، وإن بال منهما جميعًا فهو الخنثى المشكل فيكون له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى متفق عليه[10]، لأن أسوأ أحواله أن يكون أنثى، وما

(١) ثبت فى (ب) بعد.

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٣٤٩/٦) ح (١٢٢٠٣).

(٣) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٩٩/٤) ح (٩٨)، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٥٠) ح (١٢٢٠٤).

(٤) بنت: سقطت من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) المولى.

(٦) ثبت فى (ب) الفرائض وفى (هـ) إذا استغرق أهل الفرائض.

(٧) ثبت فى (ب) كان ما بقى.

(٨) فكان ابن مسعود لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذى سهم وعلىٌّ يورثهم جميعهم. انظر المغنى لموفق الدين (٤٦/٧).

(٩) ثبت فى (أ) كالمولى.

(١٠) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ٧١)، انظر المغنى لموفق الدين (١١٤/٧).

زاد عليهـا فتنازع بينه وبين بقـية الورثة وليس لأحـد الفريقين مـزية على صاحـبه لأن الإشكال قائم فوجب أن يقسم بينهما كالتداعى، والخلاف فى هذه المسألة كبير[1] جدًا لا يحتمله هذا الباب.

فصل

إذا اجتمع فى شخص واحد سببان يورث بكـل واحد منهما فرض مقدر: فإنه يرث بأقواهما، ويسقط الأضعف سواء اتفق ذلك فى المسلمين أو المجوس وذلك كالأم تكون أختًا أو الابنة تكون أختًا، ولا يلـزم على ما قلناه ابن عم يكون أخًا لأم لأنه بكونه ابن عم لا يرث فرضًا مقدراً وإنما يرث بالتعصيب، وقال أبو حنيفة يرث بالسببين جميعًا[2].

وإنما قلنا ذلك لأنهما سببان يورث بهما عن جنس واحد فإذا اجتمـعا لم يرث بهما كـالأخ يكون مولى [أو ابن عم يكون مـولى][3]، ولأنهما قـرابتان يورث بكل واحدة فرضًا مقدراً فإذا اجتمعا لم يرث بهما، ثم كذا أخت للأب[4] والأم لأن كونها أختًا لأب يوجب النصف ولأم يوجب السدس، ثم إذا اجتمعت القرابتان لم ترث بالجميع [وورثه بالأقوى][5].

(١) ثبت فى (أ) كثير.
(٢) ذكره الشيخ الموصلى. انظر الاختيار (٤/ ١٦٥)، انظر الفتاوى الهندية (٦/ ٤٦٠).
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٤) ثبت فى (ب) كالأخت للأب.
(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

باب

المجتمع على توريثهم من الرجال عشرة: الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أبو الأب وإن علا[١]، والأخ من أى جهة كان وابن الأخ وإن سفل، والعم وابن العم وإن سفل، والزوج ومولى النعمة، ومن النساء سبعة: الابنة وابنة الابن وإن سفلت، والأم والجدة وإن علت، والأخت والزوجة والمولات وكل واحد من الرجال إذا انفرد بالمال أحرزه إلا الزوج والأخ لأم وليس من النساء من يحوز المال إلا المولات فقط[٢].

فصل

والمواريث ضربان: ضرب بتعصيب، وبفرض مقدر، فالعصبة إذا انفرد بالمال أحرزه وأن كان معه ذو سهم أخذ ما فضل عنه قل أو كثر، وإن لم يفضل شيء سقط والفرض لا يستحق من يرث به شيئًا سواه لا بزيادة ولا بنقصان إلا أن يحجب عنه أو ينقصه العول عند مزاحمة غيره له على ما سنبينه.

فصل

والفرض ضربان[٣]: فرض هو أصل مقدر بالنص وفرض ليس بأصل ولكنه يثبت لعارض أوجب خروجه عن الأصل، فأما الفروض التى هى أصول فستة وهى: النصف ونصفه وهو الربع ونصفه وهو الثمن، والثلثان ونصفهما وهو الثلث ونصفه وهو السدس:

فالنصف فرض خمسة: ابنة الصلب إذا لم يكن معها ابن وابنة الابن إذا انفردت، والأخت للأب وللأم إذا انفردت، والأخت إذا انفردت، والزوج إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن.

والربع: فرض صنفين الزوج مع الولد أو ولد الابن، والزوجة والزوجات إذا

(١) وإن علا: سقطت من (أ).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٥٢)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٢٧)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٥٩).

(٣) ثبت فى (ب): ضرب.

اجتمعن ولم يكن للميت ولد ولا ولد ابن.

[والثمن: فرض صنف واحد وهو الزوجة والزوجات إذا اجتمعن مع الولد أو ولد الابن](١).

والثلثان: فرض أربعة فرض الاثنين فصاعداً من بنات الصلب إذا انفردن، وللاثنتين فصاعداً من بنات الابن إذا انفردن [والاثنتين فصاعداً من الأخوات للأب والأم، وللأب إذا انفردن](٢).

والثلث: فرض صنفين الأم مع عدم الولد أو ولد الابن، أو الاثنين فصاعداً من الأخوات، وفرض الاثنين فصاعداً [من ولد الأم.

والسدس: فرض سبعة فرض كل واحد من الأبوين، والجد مع الولد أو ولد الابن، وفرض الجدة والجدات إذا اجتمعن، وفرض بنات الابن مع الواحدة من بنات الصلب إذا انفردن، وفرض الأخوات للأب مع الواحدة من الأخوات للأب والأم إذا انفردن، وفرض الواحد)(٣) من ولد الابن ذكراً كان أو أنثى وأما الفرض الخارج عن هذه فهو الثلث ما بقى فى ثلاث [مسائل وهى: زوج أو زوجة وأبوان فإنه يفرض للأم فيها ثلث ما بقى](٤)، وفى مسائل الجد مع الإخوة إذا كان معهم ذو سهم وكان ما بقى أحظى له.

فصل

الحجب(٥) ضربان(٦): إسقاط وحجب عن بعض الميراث.

فأما الإسقاط فلا يكون فى خمسة ويكون فيمن عداهم فولد الصلب والأبوان والزوجان لا يسقطون بوجه، ويسقط ولد الابن بذكور ولد الصلب [ويسقط الجد بالأب

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) الحجب فى اللغة: المنع والستر. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٥٢).

وفى الاصطلاح: منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظّيه. وذكره الشيخ أحمد الصاوى. انظر بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٤٥٤).

(٦) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٥٤، ١٠٥٥)، انظر بلغة السالك (٢/ ٤٥٤).

فقط][1] ويسقط الإخوة والأخوات مع ثلاث ذكور ولد الصلب وولد الابن ومع الأب هذا فى الجملة، فأما التفصيل فيسقط ولد الأب بذكور ولد الأب والأم ومن يسقطهم، ويسقط ولد الأم بأربعة: ولد[2] الصلب وولد الابن وبالأب وبالجد ويسقط بنو الإخوة بنى الإخوة للأب وللأم، [ويسقط العمومة بنو الإخوة][3] ويسقط بنو العمومة وكل من أسقط غيره ويسقط من المسقط[4]، وتسقط الجدات بالأم، وتسقط أم الأب بالأب، ومن قربت درجته منهن أسقطت البعدى إذا كانت من جهتها فإن كانت من جهتين فإن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب والقربى من جهة الأب [لا تسقط البعدى من جهة الأم[5]][6] بل تشاركها فى الميراث، ولا ترث من الجدات إلا جدتان أم الأم وأمهاتها وأم الأب وأمهاتها، ولا ترث أم جد، فإذا استكمل بنات الصلب الثلثين سقطت بنات الابن إلا أن يكون معهن ذكر فى درجتهن أو أنزل فيعصبهن ويقسم ما بقى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا استكمل الأخوات للأب وللأم الثلثين سقطت[7] بنات الابن إلا أن يكون معهن ذكر فى درجتهن أو أنزل منهن فيتعصبهن ويقسم ما بقى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا استكمل الأخوات للأب وللأم الثلثين سقطت[8] الأخوات للأب إلا أن يكون معهن ذكر فى درجتهن لا أنزل منهن، ولا يعصبه ولد الإخوة والأخوات بخلاف ولد الابن فى تعصيبهم بنات الابن الأعلين، وأربعة من الذكور يعصبون الإناث فى درجتهم: ولد الصلب الذكور وذكور ولد الابن والإخوة للأب والأم والإخوة للأب كل صنف من هؤلاء يقتسمون المال مع إناثهم فى درجتهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وليس فى النساء عصبة إلا الأخوات للأب والأم أو للأب[9] إذا انفردن عن إخوة فى درجتهن مع بنات الصلب أو بنات الابن فإنهن يكن عصبة، وترث البنت النصف

(١) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٢) ثبت فى (أ) بولد.
(٣) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٤) ثبت فى (ب) أسقط من أسقط المسقط.
(٥) ثبت فى (ب) من جهتها.
(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(٧) ثبت فى (ب) سقط.
(٨) ثبت فى (ب) سقط.
(٩) أو للأب: سقطت من (ب).

والبنات الثلثين وتأخذ الأخوات ما بقى هذا حجب إسقاط.

وأما الحجب عن بعض الفروض فيحجب الزوج عن النصف إلى الربع والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن ذكورهم وإناثهم فقط، ويحجب الأم عن الثلث حجبان: حجب إلى السدس وهو بالولد وولد الابن أو الاثنين فصاعداً[1] من الإخوة والأخوات، وحجب إلى الثلث ما بقى يحجب بها الأب فى مسألتين: وهما زوج وأبوان، وامرأة وأبوان، ويحجب الأب إلى السدس الولد وولد الابن فإن كان الولد ذكوراً أخذوا الباقى، وإن كانوا إناثًا أخذن فروضهن وأخذ الأب السدس معهن وكان ما بقى له بالتعصب.

(١) فصاعداً: سقطت من (ب).

باب

وأما الجد فله باب ينفرد به ولا يحجب إلا من يرث ولا يحجب عبد ولا كافر ولا يحجب غير الوارث إلا فى موضوع واحد وهو الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولا يرثون مع الأبوين[1] شيئًا.

فصل

النصوص الواردة بتوريث من ذكرناه من عدد الذكور والإناث والإجماع عليه[2] مغن عن زيادة فيه، وإنما قلنا إن ما فضل عن ذوى السهام للعصبة لقوله ﷺ: «ما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر»[3]، وإنما قلنا إنه إذا لم يفضل شىء فلا شىء لهم فإن ذوى السهام إذ أقدموا عليهم كان حقهم فيما فضل عنهم فإذا استغرق ذووا[4] السهام المال سقطوا.

وإنما قلنا إن ذوى السهام لا يستحقون زيادة على سهامهم لأن الزيادة على ذلك لا تستحق إلا برد أو تعصيب والرد قد أبطلناه، والتعصيب يستحق الزيادة به، وإنما قصرنا الفروض على الستة المقدرة لأن النص لم يرد بما سواها، وللإجماع على أنه لا مدخل لنا فى الفروض[5] فيها من خمس أو سبع أو تسع أو عشر فوجب قصرها على ما ذكرناه.

وإنما قلنا إن فرض البنت الواحدة النصف لقوله تعالى: ﴿**وإن كانت واحدة فلها النصف**﴾ [النساء:١١] ولا خلاف فيه[6]، وإنما قلنا إن البنتين فأكثر لهما الثلثان لقوله

---

(١) ثبت فى (ب) مع الأب.

(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٦ ـ ٦٩)، انظر الشرح الكبير لابن أبى عمر المقدسى (٤/ ٣) ط دار الفكر.

(٣) أخرجه البخارى فى الفرائض (١٢/ ١٢) ح (٦٧٣٢)، ومسلم فى الفرائض (٣/ ١٢٣٣) ح (٢/ ١٦١٥).

(٤) ذو: سقطت من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) لا مدخل فى الفروض. وفى (أ) لا مدخل للباقى للفروض.

(٦) انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١١)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٣٠٦).

تعالى: ﴿**وإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك**﴾ [النساء :١١] ولا خلاف فيه أيضًا[١].

وإنما قلنا إن للاثنين الثلثان[٢] خلافًا لمن ذهب إلى أن لهما النصف[٣] لأنه قال تعالى: ﴿**فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك**﴾ [النساء:١١] فبين حكم الواحدة وحكم ما زاد على الاثنتين، فكان مفهومه إن كن نساء اثنتين[٤] فما فوقهما فلهن الثلثان، ولأن لابنة[٥] الابن مع بنات الصلب السدس تكملة الثلثين، وفائدة ذلك أنها تقوم معها مقام بنت أخرى في استغراق الثلثين، ولأن كل إناث كان فرض الثلاث منهن الثلثين فكذلك فرض الابنتين، أصله الأخوات وإنما قلنا إن فرض الواحدة من بنات الابن النصف وفرض الاثنتين فصاعدًا الثلثان للإجماع على قيام ولد الابن مقام ولد الصلب عند عدمهم ولا خلاف في ذلك[٦].

وإنما قلنا إن فرض الواحدة من الأخوات للأب والأم أو للأب النصف، وفرض الاثنتين فصاعدًا الثلثان لقوله تعالى: ﴿**إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك...**﴾ إلى قوله تعالى: ﴿**فلهما الثلثان مما ترك**﴾ [النساء:١٧٦] وهذا عام في الشقائق وولد الأب[٧].

وإنما قلنا إن كل ما زاد على الاثنتين فرضها الثلثان [لأن كل عدد زاد على الواحدة ممن فرضها النصف ففرضه الثلثان][٨] كالبنات وكالابنتين.

وإنما قلنا إن فرض الزوج مع عدم الولد وولد الابن النصف، ومعهم الربع لقوله تعالى: ﴿**ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم**

---

(١) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ٦٦)، انظر المغني لموفق الدين (٧/٨)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/٣٠٧).

(٢) الثلثان: سقطت من (ب).

(٣) وهو رواية شاذة عن ابن عباس كذا ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسي. انظر المغني لموفق الدين (٧/٨).

(٤) ثبت في (ب) فوق اثنتين.

(٥) ثبت في (ب) لبنت.

(٦) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع (ص ٦٦)، انظر المغني لموفق الدين (٧/ ١١).

(٧) ثبت في (أ) وولد الابن.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الربع مما تركن﴾ [النساء:١٢] فلا خلاف فى ذلك[(١)]، وإنما قلنا الفرض للزوجة والزوجات مع عدم الولد وولد الابن الربع ومع وجودهم الثمن لقوله تعالى: **﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾** [النساء:١٢] ولا خلاف فيه[(٢)].

وإنما قلنا إن فرض الأم الثلث لقوله تعالى: **﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾** [النساء:١١]، وإنما قلنا إن فرض الواحد من ولد الأم السدس، وإن فرض ما زاد عليه الثلث لقوله تعالى: **﴿وله أخ أو أخت فلكل منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث﴾** [النساء:١٢]، واتفق على أن المراد به الإخوة من الأم[(٣)].

وإنما قلنا إن فرض الأبوين مع الولد أو ولد الابن السدس لقوله تعالى: **﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كن له ولد﴾** [النساء:١١] وإنما قلنا إن الجد كالأب[(٤)] للإجماع على قيامه مقام الأب فى ذلك عند عدمه[(٥)].

وإنما قلنا إن الجدة ترث وأن فرضها السدس، وكذلك الجدات لإجماع الصحابة على توريثهن، وروى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال: ما أجد لك فى كتاب الله شيئًا حتى روى له المغيرة بن شعبة ومحمد بن مسلمة أن رسول الله ﷺ «أطعم الجدة[(٦)] السدس»[(٧)]، ولأن أم الأم أقيمت مقام الأم عند عدم الأم كما أقيم أبو الأب عند عدم الأب مقام الأب[(٨)] فجعل لها أنقص فرضى الأم وهو السدس.

---

(١) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٩/٧)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٣٠٧/٢).

(٢) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧)، انظر المغنى لموفق الدين (١٩/٧)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٣٠٧).

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧) وذكره ابن قدامة فى المغنى. انظر المغنى لموفق الدين (٤/٧).

(٤) ثبت فى (ب) كذلك.

(٥) ثبت فى (ب) عدم الأب.

(٦) ثبت فى (ب) أم الأم.

(٧) أخرجه أبو داود فى الفرائض (١٢١/٣) ح (٢٨٩٤)، وابن ماجه فى الفرائض (٩٠٩/٢) ح (٢٧٢٣)، والترمذى فى الفرائض (٤١٩/٤) ح (٢١٠٠)، والحاكم فى المستدرك (٣٣٨/٤) وقال: على شرط الشيخين.

(٨) مقام الأب: سقطت من (ب).

وإنما قلنا إنهن بينهن إذا اجتمعن لحديث أبى بكر رضى الله عنه أنه شرك بينهما[١]، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: ما أنا بزائد فى الفرائض شيئًا هو السدس فإن اجتمعتا فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها[٢]، ولأن كل أنثى لها فرض مقدر[٣] لا يتغير ولا يساويها الذكر فيه فإذا اجتمعت مع غيرها من جنسها شوركت فيه كالثمن للزوجات.

وإنما قلنا إن فرض بنات الابن [مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين لأجماع الصحابة عليه، ولأن بنات الابن أقمن مقام بنات][٤] الصلب فيجب أن يأخذن ما كان بقدر نصيب بنت الابن لو كانت للصلب، فلما لم يمكن ذلك لاستحقاق هذه الابنة للنصف أخذت الفاضل وهو السدس.

وإنما قلنا لا يزدن عليه[٥] لأنهن لا يبلغن فى القوة مبلغ البنات الصلب وقد ثبت أن بنات الصلب وإن كثرن فلا يزدن على الثلثين فكذلك فيمن قام مقامهن.

وإنما قلنا إن ولد الأب الإناث يأخذن مع الواحدة من ولد الأب والأم السدس للإجماع على أن ولد الابن يقوم مقام ولد الأب والأم عند عدمهم[٦] كقيام ولد الابن مقام ولد الصلب.

فصل

وإنما قلنا إن الواحد من ولد الأم فرضه السدس ذكرًا كان أو أنثى، وإن فرض الجماعة الثلث لقوله تعالى: **﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث﴾** [النساء: ١٢]، ولا خلاف فيه[٧].

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ فى الفرائض (٢/ ٥١٣) ح (٥).
(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى الفرائض (٢/ ٥١٤) ح (٦).
(٣) ثبت فى (أ) مقتدر.
(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٥) ثبت فى (ب) عليهن.
(٦) ثبت فى (أ) عدمهن.
(٧) ذكره ابن المنذر. انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٨)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٣٠٧).

وإنما قلنا في زوج وأبوين، وامـرأة وأبوين[١] إن للأم ثلث مـا بقي خلافًا لإحـدى الروايتين عن علي رضي الله عنه، وهو قول ابن عباس[٢] لأنا لو أعطيناها الثلث بكماله كنا قد فضلناها على الأب وذلك غير جائز، أصله حال الانفراد.

وإنما قلنا إن ولد الابن يسقطون بـذكور ولد الصلب خاصة للإجـماع على ذلك[٣]، ولأن ميراثهم لقيامهم مقـام ولد الصلب فوجب سقوطهم مع وجودهم، وإنما قلنا إنهم لا يسقطون مع غيرهم لأنهم أقوى تعصيبًا من سائر الورثة عدا ولد الصلب، ولأنهم لما قاموا مقام ولد الصلب[٤] وجب أن لا يسقطوا بغـيرهم اعتبـاراً بهم، وإنما قلنا إن الجد يسقط بالأب لإجماع الأمة[٥]، ولأنه يدلي[٦] به فلم يرث معه.

وإنما قلنا إن الإخـوة والأخوات يسـقطون مع ذكـور الولد وولد الابن لأن تعصـيب البنوة أقوى وأقـرب من تعصيب الأخوة سـقوطهم[٧] به، ولأن ولد الابن أقــرب من الإخـوة وهم يسـقطون [مـع ذكـور ولد الصلب فكان الإخـوة أولى ، وإنما قـلنا إنهم يسقطون][٨] مع الأب لأن الأب آكد منهم تعصيبًا[٩] وأشد منهم قربًا لانضمام الرحم إلى تعصيبهم.

فصل

وقد بينا أن من قوى تعصيـبه أسقط من ضعف عنه، وإنما قلنا إن ولد الأم يسقطون بإناث ولد الصلب وولد الابن لأن من حق الإخوة أن يرثوا مع الولد بالتـعصيب بدليل

---

(١) هاتان المسألتان يسميان العمريتين لأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما أن للأم ثلث ما بقي وتابعه في هذا القضاء عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى ذلك عن علي وبه قال الحسن والثوري والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي. انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٢٠، ٢١).

(٢) وهو أن للأم ثلث جميع المال. انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٢١).

(٣) انظر الإجـمـاع لابن المنذر (ص ٦٦)، انظر الإفـصـاح لابن هبـيـرة (٢/ ٣٠٨)، انظر مـراتب الإجماع لابن تيمية (ص ١٠٤).

(٤) ثبت في (ب) مقامهم.

(٥) قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن الجد أبا الأب لا يحجـبه عن الميراث غير الأب. انظر الإجماع (ص ٦٩)، انظر المغني لموفق الدين (٧/ ٦٤).

(٦) ثبت في (أ): بدئ به.

(٧) ثبت في (أ) سقوطهن.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٩) ثبت في (ب) لأن الأب أقرب تعصيبًا منهم.

أن الإناث منهن يصرن مع البنات عصبة بانفرادهن [فى ولد الأم][(١)] وولد الأم لا تعصيب فيهم، وإنما قلنا إنهم يسقطون مع الأب والجد لأن تعصيب الأبوة يسقط تعصيب الأخوة، ولقوله تعالى: ﴿إن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت﴾ [النساء:١٢] فقيل فيه: إن الكلالة أحد عمودى النسب، وإنما قلنا إن بنى الإخوة يسقطون بالإخوة لأنهم يدلون بهم، ولأن الإخوة أقرب من بنى الإخوة كما أن ولد الصلب أقرب من ولد الابن.

وإنما قلنا إن الإخوة يسقطون بالجد لأن الجد أقوى تعصيبًا منهم لأنه يدلى بالأبوة وبنو الإخوة[(٢)] يدلون بالأخوة لأن الجد يدلى بالأبوة [وابن الأخ يدلى بالأخ فكان الجد أولى، وإنما قلنا إن العمومة يسقطون ببنى الإخوة لأن بنى الإخوة أقرب لأنهم يدلون بالبنوة، والعم يدلى بالأبوة لأن ابن الأخ يقول إنى ابن ابنك والعم يقول][(٣)] أنا أخو أبيك فكان ابن الأخ أقرب، وإنما قلنا إن العمومة يسقطون أولادهم لأنهم بهم يدلون.

وإنما قلنا إن الجدات يسقطن بالأم لأن توريثهن إنما كان لأنهن أقمن مقام الأم وجعل لهن أقل نصيبًا فوجب سقوطهن معها، وإنما قلنا إن أم الأم لا تسقط بالأب لأنها أقيمت مقام الأم فلما لم تسقط الأم بالأب كذلك من أقيم مقامها، ولايلزمه عليه أم الأب لم تقم مقام الأب وإنما أقيم جملة الجدات مقام الأم.

وإنما قلنا إن أم الأب تسقط مع الأب خلافًا لابن مسعود وغيره[(٤)]، واعتبارًا بأبى الأب بعلة أنه يدلى بتعصيبه فإذا وجد أسقطه وإنما قلنا إن القربى منهن تسقط البعدى من جنسها اعتبارًا بالأم والجدة، ولأن البعدى تدلى بالقربى، وإنما قلنا إن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب لأن الأم تسقط أم الأب[(٥)] كذلك أم الأم تسقط أم الأب، وإنما قلنا إن البعدى من جهة الأم لا تسقط بالقربى من جهة الأب خلافًا لما

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) وبنو الأخ.

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) روى ذلك أيضًا عن عمر رضى الله عنه وابن مسعود وأبى موسى وعمران بن الحصين وأبى الطفيل رضى الله عنهم وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبرى وإسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنه كذا ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة (٧/ ٥٨, ٥٩).

(٥) ثبت فى (ب) أم الأم.

روى عن ابن مسعود[١] وهو أحد قولى الشافعى[٢]، لأن أم الأب تدلى بالأب والأب إذا اجتمع مع أم الأب لم يحجبها فبأن لا يحجبها من يدلى بالأم[٣] أولى، وإنما قلنا إن أم أبى الأب لا ترث شيئًا خلافًا لما روى عن زيد بن ثابت وغيره[٤] لأنها أم جد فأشبهت أم أبى الأم[٥]، ولأن جهة[٦] الأم فى باب الجدات أقوى من جهة الأب فإذا لم يرث من جنبتها إلا جدتان فجهة الأب بذلك أولى.

وإنما قلنا إن بنات الصلب إذا استكملن الثلثين سقط بنات الابن لأن حقهن كان فى تكميل الثلثين لقيامهن مقام بنت أخرى من بنات الصلب إذا كان بنات الصلب أكثر من واحدة سقطن معهن، وإنما قلنا إنه إذا كان معهن ذكر فى درجتهن عصبهن خلافًا لابن مسعود فى قوله لا شيء لهن وأن الباقى للذكر وحده[٧]، لأنه مال ورثه بنو الابن بالتعصيب فوجب أن يشاركهم بنات الابن فيه، أصله جهة المال[٨] وهو مال الانفراد، وإنما قلنا إنه إذا كان أنزل منهن ذكر عصب من فوقه لأن أصول الفرائض مبنية على أنه لا يجوز أن يرث الأبعد من الولد ويسقط الأقرب، ولأنا وجدنا البطن الأوسط أقرب من البطن الأسفل ألا ترى أنه إذا اجتمع ثلاث بنات بعضهن[٩] أسفل من بعض كان للبنت العليا النصف وللوسطى السدس وتسقط السفلى، وإذا ثبت ذلك ثم اتفقنا على أنه لو كان مع السفلى ذكر فى درجتها عصبها كان بأن يعصب الوسطى أولى.

وإنما قلنا إنه إذا استكمل ولد الأب والأم الثلثين سقط الأخوات للأب للعلة التى ذكرناها فى سقوط بنات الابن إذا استكمل بنات الصلب الثلثين، وكذلك تعصيب

---

(١) روى عن على عليه السلام: أن البعدى من جهة الأم تحجب القربى من جهة الأب وهو إحدى الروايتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأهل العراق وهو قول للشافعى وهو رواية عن أحمد بن حنبل. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٥٦, ٥٧)، انظر الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٢١٣).

(٢) ذكره الشيخ الشيرازى. انظر المهذب (٢/ ٢٦)، انظر مغنى المحتاج (٣/ ١٣).

(٣) ثبت فى (ب) الأب.

(٤) وروى ذلك عن على وابن مسعود وروى نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الأوزاعى وإسحاق. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٥٤).

(٥) ثبت فى (ب) أم جد.

(٦) ثبت فى (ب) جنبة.

(٧) ذكره ابن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٠٤٩).

(٨) ثبت فى (ا) جملة المال.

(٩) ثبت فى (ب) ثلاث بنات ابن بعضهن.

إخوتهن لهن، وإنما قلنا إن الذكر الأنزل منهن لا يعصب عماته بخلاف ولد الابن لمعنيين: أحدهما أن ابن الابن[١] لما عصب من فى درجته جاز أن يعصب من فوقه، وليس كذلك ابن الأخ[٢] لأنه لا يعصب من فى درجته فلم يعصب من فوقه، والآخر أن الذى يعصب غيره من حقه أن يشاركه فى الجهة[٣] التى يعصبها بها كابن الابن[٤] يشرك من فوقه فى البنوة فعصبهن، وابن الأخ لا يشارك الأخت فى الأخوة فلم يعصبها.

وإنما قلنا إن ولد الصلب يقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿**يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين**﴾ [النساء:١١] وقد بينا أن ولد الابن يقومون مقام ولد الصلب فكان حكمهم عند عدمهم كحكم ولد الصلب وإنما قلنا إن الإخوة للأب والأم أو للأب يقسمون المال إذا تفردوا للذكر مثل حظ الأنثيين [لقوله تعالى: ﴿**وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين**﴾][٥] [النساء:١٧٦].

وإنما قلنا إنه ليس فى النساء عصبة لأنهن يرثن بفرض مقدر والعصبة لا ترث بفرض لأن ذلك ميراث الرحم، وإنما قلنا إن الأخوات يكن عصبة مع البنات خلافًا لمن قال لا يرثن أصلاً مع البنات[٦]، لقوله تعالى: ﴿**وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون**﴾ [النساء:٧] فعم، وحديث أبى موسى وسلمان بن ربيعة لما سألهما السائل عن بنت وبنت ابن وأخت فقط فقالا: للبنت النصف وما بقى للأخت، وائت ابن مسعود فسأله. فأتاه فأخبره فقال: **سأقضى فيها** بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقى للأخت[٧]، ولأن الأخت مع ابن العم إذا اجتمعا لم يجز أن يحصل[٨] الإرث

(١) ثبت فى (ب) أن ابن ابن الابن.
(٢) ثبت فى (ب) ابن الأم.
(٣) ثبت فى (أ) الجملة.
(٤) ثبت فى (ب) كابن ابن الابن.
(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب)، (هـ).
(٦) وهو قول ابن عباس ومن تابعه. انظر المغنى لموفق الدين (٦/٧)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة (ص ٣٧٣).
(٧) أخرجه البخارى فى الفرائض (١٨/١٢) ح (٦٧٣٦)، والترمذى فى الفرائض (٤١٥/٤) ح (٢٠٩٣)، وابن ماجه فى الفرائض (٩٠٩/٢) ح (٢٧٢١)، وأحمد فى المسند (٥٠٦/١) ح (٣٦٩٠).
(٨) ثبت فى (ب) يخلص.

لابن العم وتسقط الأخت، أصله إذا انفرد[١].

وإنما حجب الزوج عن النصف إلى الربع والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن فللنص الوارد به، وللإجماع إلا من شذ ولا يعتد به فى قوله: إن ولد الابن لا يحجبون[٢]، وإنما قلنا إن الأم يحجبها عن الثلث إلى السدس الولد لقوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء:١١]، ولا خلاف فيه[٣]، وإنما قلنا إن الإخوة يحجبونها إلى السدس لقوله تعالى: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ [النساء:١١]، وإنما قلنا إن الحجب يحصل بالأخوين خلافًا لابن عباس فى قوله: إن الحجب لا يكون إلا بثلاثة[٤] لأنه فرض يتغير بعدد من الإخوة والأخوات فوجب أن يتغير بالاثنين، أصله شركة ولد الأم فى الثلث، والتعلق بالظاهر على قول مالك رحمه الله بعيد لأن أصوله تدل على أن أقل الجمع ثلاثة، وإنما يتم على قول من يقول من أصحابنا إن أقل الجمع اثنان، وهو قول عبد الملك بن الماجشون وغيره من أصحابنا.

وإنما قلنا إن الولد يحجب[٥] الأب إلى السدس للنص، وقلنا إن ذكور الولد يأخذون باقى المال لقوله ﷺ «ما أبقت الورثة فلأولى عصبة ذكر»[٦]، وقلنا إنه إذا لم يكن غيره أخذ الباقى بالتعصيب لأنه ليس ثم من هو أولى منه فكان له بالخبر الذى رويناه وإنما قلنا لا يحجب عبد ولا كافر خلافًا لابن مسعود فى حجبه لهم وما حكى عنه[٧] أنهم يحجبون عن بعض المال دون جميعه[٨] لأن كل من لا مدخل له [فى الإرث بحال فلا مدخل له][٩] فى الحجب، أصله ذوو الأرحام، ولا يدخل عليه الإخوة للأم مع الأبوين لأن لهم مدخل[١٠] فى الإرث، ولأنه أحد نوعى الحجب كالإسقاط.

(١) ثبت فى (ب) انفردوا.
(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٧)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٨).
(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٧٠)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦).
(٤) ذكره ابن قدامة فى المغنى. وقال: وحكى ذلك عن معاذ. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٦).
(٥) ثبت فى (ب) يحجبون.
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) ثبت فى (أ) عنهم.
(٨) ذكره الشيخ موفق الدين بن قدامة. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ١٩٢).
(٩) ما بين المعكوفين سقط من (ب).
(١٠) ثبت فى (ب) مدخلاً.

باب

قد بينا ترتيب المواريث على السهام، ورأينا إعادته مرتبًا على النسب ليجتمع لمن يريد معرفة كل فصل منه[١] والله الموفق للصواب، وقد بينا أن الميراث لا يخلو أن يكون بنوة أو أبوة أو أخوة أو بنو إخوة أو عمومة [أو بنو عمومة][٢] ونحن نبين كل نوع منه.

فصل

وأما ولد الصلب فإن الذكر منهم يحوز المال إذا انفرد به والذكور يقتسمونه بالسوية، فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه واقتسموا الباقى على ما ذكرناه من حوز المنفرد له وتساوى الجماعة فيه، والبنت الواحدة إذا لم يكن أحد من ذكور ولد الصلب تأخذ النصف والاثنتان فما فوقهما الثلثان، [فإن كان مع الواحد أو الجماعة من البنين][٣] زالت فرائضهن واقتسموا [المال للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان معهم ذو فرض بدىء به واقتسموا هم][٤] الباقى على ما ذكرناه، وقد دللنا على هذه الجملة، ولا يسقط ولد الصلب بوجه.

فصل

وأما ولد الابن فسبيلهم إذا لم يكن أحد من ولد الصلب فى الميراث سبيل ولد الصلب يرثون كما يرثون ويحجبون من يحجبون إلا أنهم[٥] يسقطون مع ذكور ولد الصلب، وتأخذ ابنة الصلب معهم النصف والابنتان فصاعدًا الثلثان يكون الباقى لولد الابن إن كانوا ذكورًا وإناثًا فى درجته وإن كن إناثًا فقط أخذت الابنة النصف، وإناث ولد الابن الواحدة أو الجماعة السدس تكملة الثلثين، وكان ما بقى لذكر إن كان أنزل منهن أو لغيره من العصبة، وإن كن إناث ولد الصلب أكثر من واحدة أخذن الثلثين، ثم ينظر فإن كان ولد [الابن[٦] ذكورًا أو ذكورًا وإناثًا فى درجة أخذوا الباقى للذكر مثل

---

(١) ثبت فى (ب) كل فصل منه. وفى (أ) كل فعل منه.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٥) ثبت فى (أ) لأنهم.

(٦) بداية سقط سيتم التنبيه على نهايته قريبًا.

حظ الأنثيين، ولا يعتبر الأضر بهن من السدس أو المقاسمة، وإن كن إناثًا فقط فلا شيء لهن والباقي للعصبة، وإن كان معهن ذكر أنزل منهن عصب من فوقهن منهن وأخذوا الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كن بنات ابن بعضهن أسفل من بعض أخذت العليا النصف والوسطى السدس تكملة الثلثين وسقطت السفلى إلا أن يكون معها أو أنزل منها ذكر فيعصبها أو يعصب من معه في درجته معها، وإن كان مع الوسطى ذكر أخذ المال الباقي مقاسمة وسقط من بعده، وإن كان العليا اثنتان أخذتا الثلثين وسقطت الوسطى ومن بعدها إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن أو أنزل.

وكل هذا قد دللنا عليه في الباب الأول فلا حاجة بنا إلى إعادتها إلا في موضع واحد وهو أخذ ولد الابن مع بنت الصلب ما بقي فإنا نقول: يأخذونه مقاسمة ويسقط السدس وهو قول علي وزيد رضي الله عنهما، وقال ابن مسعود يعتبر ما هو أضر بهن من السدس أو المقاسمة فيكون لهن[1].

وإنما قلنا ذلك لأن حق[2] كل ذكور عصبوا إناثهم في موضع عصبوهن في كل موضع، أصله البنون والبنات والإخوة والأخوات، ولأنه لما لم يعتبر هذا الأضرار في الانفراد فكذلك فيما يأخذونه باقيًا عن ابنة الصلب ولأن الإضرار بهن ولا وجه لاعتباره بل لا فضل بين القائل به وبين معتبر الأضرار بالذكور.

فصل

وأما الأب فلا يسقط بوجه، وله ثلاثة أحوال: حال يأخذ فيها بالتعصب المحض، وحال يأخذ فيها بالفرض المحض، وحال يأخذ فيها بالفرض والتعصيب، ونحن نبين ذلك: أما إذا انفرد بالمال فإنه يحوزه فإن كان معه ذو فرض سوى إناث الولد أو ولد الابن فإنه يأخذ فرضه ويكون الباقي للأب وإن كان منه ولد أو ولد ابن ذكرًا أو أنثى أخذ السدس بالفرض ثم كان الباقي للذكور والإناث، وإن لم تكن إلا إناث فقط أخذن فروضهن وأخذ هو السدس بالفرض وإن بقي شيء أخذه بالتعصيب.

وأما الأم ففرضها الثلث سواء انفردت بالمال أو كان معها غيرها لا تحجب عنه إلا في ثلاثة مواضع، أحدها: أن يكون معها ولد أو ولد ابن ذكرًا كان أو أنثى، والثاني: أن

(١) ذكره ابن قدامة وقال: وهو قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم إلا ابن مسعود ومن تابعه. انظر المغني لموفق الدين (٧/ ١٢)، انظر الشرح الكبير لابن أبي عمر (٤/ ٣٠).

(٢) حق: سقطت من (هـ).

يكون معها اثنان من الإخوة والأخوات يرثون أو يسقطون، والثالث: أن يكون معها أبًا[١] وزوج أو زوجة فإنها تأخذ منها ثلث ما بقى مع الأب وقد دللنا على هذا أيضًا فيما تقدم.

فصل

وأما الجد فلا يسقط إلا مع الأب، وإذا انفرد بالمال أحرزه، فإن كان معه ذو فرض بدىء به وأخذ الباقى عنه، وإن كان معه ذكر من ولد الصلب أو ولد الابن أخذ السدس وأخذ الابن ما بقى، وإن كان ولد الصلب إناثًا أخذ السدس وإن فضل من المال شىء أخذه بالتعصيب[٢].

وإن كان معه إخوة نظر: فإن لم يكن غيرهم لم يخل أن يكونوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثًا، فإن كان معه ذكور فقط من جنس واحد مثل أن يكونوا إخوة للأب والأم أو للأب فإن الجد يكون كواحد منهم يقاسمهم ما كانت المقاسمة لا تنقصه من الثلث مثل: أن يكون معه أخ أو أخوان نقصت المقاسمة عن الثلث فرض له الثلث وكان الباقى للإخوة.

وإن كان معه أخوات فقط فإنه يكون معهن كأخ يقاسمهن المال للذكر مثل حظ الأنثيين ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث، فإن نقصت فرض له الثلث ولا ينقص منه، فإن كان][٣] معه ذكور وإناث كان كأخ معهم فيقاسمهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث فيفرض له الثلث على ما بيناه فإن كان معه ذو سهم كالأم والزوجة والبنت وبنت الابن فينظر للجد حال من ثلاثة: فيعطى أنفعها له من المقاسمة أو السدس من رأس المال أو ثلث[٤] الباقى بعد أخذ ذوى الفرض فرضهم، فإن كان معهم إخوة لأب فإنهم يعادون الجد بهم فى المقاسمة ثم يرجح ولد الأب والأم على ولد الأب فيأخذون ما معهم، فإن فضل شىء كان لهم وإن لم يفضل شىء فلا شىء لهم، مثاله: أن يكون جد وأخ لأب وأم وأخ لأب ليقسم المال بينهم أثلاثًا يرجع الأخ للأب والأم على الأخ للأب فيأخذ ما بيده فلا يبقى له شىء، فإن كان جد وأخت للأب والأم وأخت للأب فإن المال بينهم

(١) ثبت فى (أ) ابن.
(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/١٠٥٩).
(٣) نهاية سقط من (ب) كان قد نبهنا عن بدايته من قليل.
(٤) ثبت فى (أ) مما أو ثلث.

على أربعة أسهم: للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم ترجع الأخت للأب والأم على الأخت للأب فتأخذ ما بيدها وتبقى بغير شيء وإن كان جد وأخت لأب وأم وأخ للأب فالمال بينهم على خمسة أسهم: للجد سهمان وللأخت سهم وللأخ سهمان ثم ترجع الأخت للأب والأم على الأخ للأب فتأخذ ما بيده تمام النصف فتكسر الفريضة فتضرب في مخرج النصف وهو اثنان فيكون عشرة: للجد أربعة، وللأخت خمسة وللأخ سهم، وهو قدر مسألة الأكدرية[1] وحدها[2] وتسمى الغراء[3] وهى: زوج وأم وأخت لأب وأم أو لأب وجد[4]، فإنه يفرض للأخت النصف وللجد السدس وتعال المسألة إلى تسعة ثم يجمع نصيب الأخت إلى نصيب الجد فيقسم للذكر مثل حظ الأنثيين فينكسر فتضرب التسعة فى ثلاثة فتكون سبعة وعشرون، ولا يسقط الأخ مع الجد إلا فى موضع واحد وهو زوج وأم[5] وأخ وجد فإن الجد له السدس ويسقط الأخ.

فصل

وأما ميراث الجد وإسقاط الأب له[6] وكونه عصبة فمعلوم كل ذلك بالإجماع[7] وأغنى عن زيادة عليه، وإنما قلنا إنه إذا كان معه ذو فرض أخذ الباقى بعد الفرض لأن ذلك سبيل العصبات إنهم يأخذون الفاضل عن ذوى السهام، وإنما قلنا فى ميراثه مع الولد ما قلناه اعتباراً بالأب لأنه ذكر له ولادة، أو لأنه يقوم مقامه.

---

(١) قال ابن عرفة: سميت بالأكدرية؛ لأن عبد الملك بن مروان طرحها على رجل يقال له: أكدر كان يحسن الفرائض فأخطأ فيها. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٦٤).

وقال ابن قدامة: سميت بذلك لتكديرها لأصول زيد فى الجد فإنه أعالها ولا عول عنده فى مسائل الجد وفرض للأخت معه ولا يفرض للأخت مع الجد وجمع سهامه وسهامها فقسمها بينهما ولا نظير لذلك. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٧٦).

(٢) ثبت فى (أ) وحده.

(٣) قال ابن عرفه: سميت الغراء لشهرتها فى الفرائض كغرة الفرس. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٦٤).

(٤) وجد: سقطت من (ب).

(٥) وأم سقطت من (ب).

(٦) ثبت فى (ب) وإسقاط الأب وحده.

(٧) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٩)، انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٦٤).

فصل

وإنما قلنا إن الإخوة يرثون مع الجد، خلافًا لأبى حنيفة[1] لأن الأخ الذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن، ولأن الأخت أنثى فرضها النصف إذا انفردت فلم يسقطها الجد كالبنت، ولأن تعصيب الأخ أقوى من تعصيب الجد لأنه تعصيب بنوة و [تعصيب الجد تعصيب أبوة، ولأنه يعصب أخته بخلاف الجد فامتنع مع قوة][2] تعصيبه عليه أن يسقط به.

فصل

وإنما قلنا إنه يقاسم الذكور منهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث خلافًا لمن قال ما لم ينقصه عن السدس[3] وقول من قال عن نصف السدس[4]، لأن كل حجب انحصر بعدد استوى[5] فيه الاثنان والثلاثة، أصله حجب الأم عن الثلث أو السدس، ولأن الجدة قائمة مقام الأم كقيام الجد مقام الأب ثم قد ثبت أن الجدة لا تنقص عن نصف نصيب الأم إذا انفردت وهو الثلث، فكذلك يجب أن يكون الجد لا ينقص عن نصف الأب إذا انفرد وهو الثلثان.

فصل

وإنما قلنا إنه يقاسم الأخوات إذا انفردن معه عن إخوة خلافًا للقول بأنه لا يقاسمهن إلا إذا كان معهن إخوة[6]، لأن كل شخص قاسم ذكرًا من أهل المواريث[7] فى الأخذ

---

(١) ذكره الشيخ الموصلى، انظر الاختيار (٤/١٧٩).
وقال صاحب الفتاوى الهندية: وهو يحجب جميع الإخوة والأخوات عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الفتوى كذا فى الكافى. انظر الفتاوى الهندية (٦/٤٤٨).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) وهو قول عامة أهل العلم إلا أن الشعبى روى عنه أنه قال: إن ابن عباس كتب إلى على فى ستة إخوة وجد فكتب إليه: اجعل الجد سابعهم وامح كتابى هذا وروى عنه فى سبعة إخوه وجد أن الجد ثامنهم. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٧٠).

(٤) روى ذلك عن عمران بن حصين والشعبى. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٧٠).

(٥) ثبت فى (ب) استوفى.

(٦) وهو قول على وبه قال الشعبى والنخعى والمغيرة بن المقسم وابن أبى ليلى والحسن بن صالح. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٦٧).

(٧) ثبت فى (ب) الميراث.

بالتعصيب وجب أن يقاسم الأنثى التى فى درجته، أصله الأخ للأب والأم لأنه لو كان أخوان لأب وأم تقاسما، فإذا كان معهم أخت تقاسموا وكذلك البنون والبنات.

فصل

وإنما قلنا إنه يقاسم إذا كان معه ذو سهم بعد أخذ ذى السهم[1] سهمه لأن تعصيبه يوجب المقاسمة كتعصيب الأخ، أصله إذا لم يكن معه ذو سهم.

فصل

وإنما قلنا يأخذ ثلث ما بقى إذا كان أحظ له لأن الأصل فى المواريث أن العصبة[2] أولى بما يبقى، وحق ذى السهم[3] كحق الغريم [فإذا أخذ ذو السهم حقه صار الفاضل عن ذلك كالفاضل عن الغريم][4] فكان كأصل المال الموروث، ألا ترى أن العصبة إذا كانوا ذكوراً وإناثًا يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، فلما كان الجد يقاسم الإخوة فى أصل المال إلى الثلث فكذلك فيما بقى.

فصل

[وإنما قلنا إنه لا ينتقص من السدس الكامل إذا كان أحظ له لأن الابن أقوى من الأخ ثم له السدس معه فمع الأخ أولى][5].

فصل

وإنما قلنا إنه لا فرق بين أن يكون ذو السهم مع الأخوات إناث الولد أو غيرهم وهو مذهب زيد، خلافًا لمن منع المقاسمة بناء على أصله[6] فى أن الجد لا يقاسم مع الأخوات وحدهن، لأنه قد ثبت قوة الأخ على الأخت، ثم للجد أن يقاسم الأخ لو كان مع البنت فكان بمقاسمة الأخت أولى لأن كون الأخت عصبة لا يوجب إعطاء الجد

---

(١) ثبت فى (أ) ذوى السهم.

(٢) ثبت فى (أ) التعصيب.

(٣) ثبت فى (ب) ذوى السهم.

(٤) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٦) ذكره ابن قدامة فى المغنى. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٦٧).

السدس لأن الجد أيضًا عصبة، وكل عصبة قاسم ذكرًا من أهل الميراث فإنه يقاسم كل أنثى فى درجته كالإخوة والأخوات.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا كان مع ولد الأب والأم عادوا الجد بهم، خلافًا لما ذهب إليه على وابن مسعود[١] من منع المعادة[٢] بناء على أصلهما فى أن الأخ لأب والأم يحجب الأخ للأب وأن الأخت للأب والأم مع الأخ للأب إذا كان لا يقاسمهما على الانفراد [لا[٣] يقاسمهما مع الجد فيصير كأنه ليس إلا الأخت والجد، ودليلنا أن الجد له ولادة فإذا جاز حجبه بأخوين وارثين جاز حجبه بإخوة أحدهما وارث والآخر غير وارث، أصلها الأم يحجبها الإخوة من الأم وإن لم يرثوا مع الأب.

فصل

وإنما قلنا إن ولد الأب والأم يرجعون على ولد الأب لأن حجبهم ليس لأجل ميراثهم ولكن لأجل غيرهم فلم يكن لهم حظ فيما يحجبون فيه كولد الأم إذا حجبوا الأم مع وجود الأب.

فصل

وإنما قلنا له السدس[٤] فى مسألة الأكدرية لأنه قد ثبت بما قدمناه أن الجد لا ينقص عن السدس وأن الأخت لا تسقط فلو لم تعل الفريضة لأدى إلى بطلان أحد الأصلين.

فصل

وإنما قلنا فى زوج وأم وجد: إن الأخ يسقط لأنا لو لم نفعل ذلك لأدى إلى أمور ممنوعة: إما إلى أن ينقص الزوج عن النصف وذلك غير جائز، أو الأم عن الثلث[٥] وذلك يؤدى إلى حجب الجد أو الأخ لها وذلك غير جائز أيضًا أو أن ينقص الجد عن

---

(١) ذكره ابن قدامة فى المغنى . انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٧١).

(٢) ثبت فى (ب) المعاودة.

(٣) بداية سقط سننبه على نهايته بعد قليل.

(٤) السدس: سقطت من (أ)، (هـ).

(٥) عن الثلث: سقطت من (أ).

السدس وذلك ممتنع أيضًا لأنه مع الابن الذى هو أقـوى من الأخ لا ينقص عن السدس فكان الأخ أضـعف عن أن يحـجبـه ولـم يكن الأخ ممن له رحم، فـتـعال المسـألة له، والفرض لا يكون للعصبة لأن حظهم فيما بقى فلم يبق إلا سقوطه وصار كأنه عصبة لم يفعل له شىء.

فصل

وأما الجدات فقد ذكرنا أن فرضـهن السدس، فإذا انفردت واحدة منهن أخذته، وإن اجتمعـتا كان بينهما، وأن الجدة لا ترث مع الأم من أى جهـة كانت وإنما من جهة الأم ترث مع الأب][1] ولا ترث معه إن كانت[2] من جهتـه، وأنه لا يرث إلا جدتان أم الأم وأم الأب وأمهاتهم وأنهما إذا اجتمعتـا أسقطت القربى من جهة الأب بالبعدى من جهة الأم[3]، وقد بينا الحجة لكل ذلك بما يغنى[4] عن إعادته.

فصل

فأما ميراث الإخـوة والأخوات فإنه على ضربين: بتعصيب وبفـرض، بالتعصيب[5] بذكـور ولد الأب والأم وولد الأب على كل وجـه، ولأنهن[6] مع البنـات وبنات الابن فقط، والفـرض للإناث ولد الأب والأم وولد الأب وبجملة ولد الأم ذكـورهم وإناثهم ففرض الواحد للأب والأم، والأب إذا انفردت النصف، وفـرض الاثنين فما زاد الثلثان فإن كان معهن أخ فى درجتهن قاسـمهن للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان مع الأخت للأب والأم إخوة لأب أخذت النصف وأخذ ولد الأب ما بقى، وإن كانت[7] إناث ولد الأب والأم أكثر من واحدة أخذن الثلثين وأخـذ ولد الأب ما بقى، وإن كان معها أخت لأب أخذت الأخت أو الأخوات السدس تكملة الـثلثين وما بقى أخذه[8] العصبة، فإن

---

(١) نهاية السقط الذى نبهنا عليه من قبل وهو ساقط من (ب).

(٢) ثبت فى (أ) إن كان.

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد الـبر (١٠٦٢/٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤٦٢/٤).

(٤) ثبت فى (أ) يمنع.

(٥) ثبت فى (ب) وفرض بالتعصيب.

(٦) ثبت فى (أ) ولا بأنهن.

(٧) ثبت فى (أ) كان.

(٨) ثبت فى (ب) أخذته.

كان مع الإخوات[1] للأب إخوة قاسموهن الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط اعتبار السدس، وإن كن الأخوات للأب [والأم اثنتين فصاعداً أخذن الثلثين وسقط الأخوات للأب إلا أن يكون][2] معهن ذكر[3] فى درجتهن يعصبهن إذا كانوا فى درجتهن لا أنزل منهن بخلاف ولد الابن.

وأما الإخوة للأم ففرض الواحد السدس ذكراً كان أو أنثى، وفرض الاثنتين فصاعداً الثلثان لا يرادون عليه ويحجب جنس الإخوة جملة ذكور الولد وولد الابن ويزيد عليهم ولد الأم بأنهم يسقطون مع إناث الولد وولد الابن مع الجد، ويسقط جملة ولد الأب بذكور ولد الأب والأم[4]، وقد بينا كل هذا مقروناً بحجاجه، فإن استغرق المال الأنصباء سقط العصبة منهن وأعيل لغير[5] العصبة مثل: زوج أم وأخوين لأم وأخ لأب فإن الأخ يسقط لأنه لم يبق[6] له شىء، فإن كان أخًا أو إخوة[7] لأب وأم فاختلف الصحابة فيهم فمنهم من بناه على الأصل [فى أنه عصبة لم يبق له شىء فيسقط][8] ومنهم من شرك بين ولد الأب والأم وبين ولد الأم وهو مذهب أصحابنا.

وإنما قلنا ذلك لأن الذى استحق ولد الأم به الإرث[9] هو ولادة الأم وهذا يشركهم فيه ولد الأم، ولأن زيادتهم بالأب لا يسقط رحمهم بالأم، فإن أمكن زيادتهم فى الميراث به وإلا فلا أقل من أن يكون وجوده كعدمه وهو تأويل قول عمر رضى الله عنه لم يزدهم الأب إلا قربى، وقولهم: هب أبانا كان حماراً أليس أمنا واحدة[10].

---

(١) ثبت فى (أ) الأخت.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) ثبت فى (ب) ذكور.

(٤) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (١٠٥٧/٢).

(٥) ثبت فى (ب) الغير.

(٦) ثبت فى (ب) لم يكن.

(٧) ثبت فى (ب) أخًا وأخوه.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٩) ثبت فى (ب) الثلث.

(١٠) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٢٥١/١٠).

فصل

وأما بنو الإخوة يرثون بالتعصب المحض، ويحجبهم ذكور الولد وولد الابن والأب والجد والإخوة[١] ولا يحجبون ذا فرض بوجه[٢].

فصل

وأما العمومة فيحجبهم بنو الإخوة وكل من حجب بنى الإخوة، ويترتبون فى إخوة الأب كما يرتب الإخوة وكذلك بنوهم، وقد ذكرنا فرض الزوج والزوجة، وقد بينا القول فى الولاء والإرث فى باب العتق.

(١) ثبت فى (ب) والجد فى إخوة الأب.

(٢) انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١٠٦٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٦٧).

باب

قد بينا الفروض وعددها، فإذا اجتمعت لم تخل[١] من ثلاثة أحوال أما أن تكون مقدرة بسهام التركة مثل: زوج وأخت فهذا قائم بنفسه، أو أن يقصر عن استيعاب التركة فيكون الباقى للعصبة، أو أن تزيد على التركة مثل نصف وثلثين وما أشبه ذلك فهذا تعال[٢] المسألة إلى ما انتهت إليه الفروض، ويدخل على كل واحد من الورثة من النقص بحساب ما يوجبه[٣] العول، وهذا مذهب أكثر الصحابة رضى الله عنهم، وذكر عن ابن عباس منعه، وإدخال النقص على كل ذى فرض ينقل منه إلى تعصيب مثل الأخوات والبنات[٤] .

ودليلنا أن الله تعالى قال فى الأزواج: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ [النساء:١٢] وقال فى البنات: ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء:١١]، وقال تعالى: ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك﴾ [النساء:١٧٦]، فلما كان الزوج لا يمت فى الظاهر إلا بمثل ما تمت به الابنة والأخت وجب أن يتساويا فى النقص وأن لا يرجع عليها بشىء يقتضى إكمال فرضه وانفرادها بالنقص، ولأنهم من أهل الفرائض فدخلهم النقص بالعول كالبنات والأخوات، ولأن ضيق المال عما يستحق فيه يقتضى نقص أهل الاستحقاق بقدر حقوقهم، أصله الغرماء.

فصل

أصول المسائل التى تنقسم سهامها على الفرائض سبعة وهى مقدره بها: الاثنان والثلاثة والأربعة والستة والثمانية والاثنى عشر والأربعة والعشرون، فالاثنان للنصف

(١) ثبت فى (ب) لم يخل.

(٢) العول فى اللغة: من عال يعيل افتقر. ويقال: عالت الفريضة أى: ارتفعت وعالت هى نفسها أى: دخل النقص عل أهلها. انظر القاموس المحيط (٤/٢٣)، انظر المطلع على أبواب المقنع للشيخ شمس الدين البعلى (ص ٣٠٣).

وفى الاصطلاح قال الشيخ أحمد الدردير: هو زيادة فى السهام ونقص فى الأنصباء انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/٤٧١).

(٣) ثبت فى (ب) ما يرجيه.

(٤) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٤١٤) ح (١٢٤٥٧).

وحده، والثلاثة للثلث والثلثان إذا انفردا أو اجتمعا، والأربعة للربع وله وللنصف إذا اجتمعا، والستة للسدس المنفرد وللنصف معه ومع الثلث والسدس والثلثين، والثمانية للثمن وله وللنصف معه، والاثنى عشر لاجتماع ثلث وربع أو سدس وربع ما ينضاف إليهما، والأربعة والعشرون لاجتماع الأثلاث والأثمان، فإذا ثبت هذا فأربعة من هذه الأصول لا تعول وهى الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية وثلاثة تعول وهى الستة والاثنى عشر والأربعة والعشرون، فعول الستة إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة، وعول الاثنى عشر إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر، وعول الأربعة والعشرون إلى سبعة وعشرين[١]، ولا يحتمل المختصر بسط هذا الباب.

فصل

إذا ترك ابنى عم أحدهما أخ لأم كان للأخ للأم[٢] السدس وما بقى بينه وبين ابن العم الذى ليس بأخ، وإنما قلنا إن له السدس لأنه أخ لأم فأشبه الذى ليس ابن عم[٣]، وإنما قلنا إن ما بقى بينهما خلافًا لمن قال إن جميع المال للأخ[٤] لأن اختصاص العصبة بسبب يستحق به فرض لا يستحق[٥] به حجب من يساويه فى الدرجة اعتباراً به لو كان أحدهما زوجًا، وذلك أن الأخ[٦] يستحق كالزوجة فإنه يستحق بها فرض ثم ثبت أن ابن العم [لو كان زوجًا لاستحق بالزوجية النصف والباقى بينه وبين ابن العم الذى ليس بزوج][٧].

وكذلك إذا كان أخًا لأم ، وإن كان أحدهما زوجًا والآخر أخًا لأم أخذ الزوج النصف والأخ[٨] السدس وكان الباقى بينهما، وأهل الفرائض يلغون الأولى وهى إذا كان

---

(١) ذكره الشيخ أحمد الدردير فى الشرح الكبير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٧١، ٤٧٢).

(٢) للأم: سقطت من (ب).

(٣) ذكره الشيخ الدردير. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٤٦٨).

(٤) وهذا هو قول ابن مسعود وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعى وأبو ثور. انظر المغنى لموفق الدين (٧/ ٢٧).

(٥) ثبت فى (أ) لأن اختصاص العصبة بسبب يستحق به حجب.

(٦) ثبت فى (ب، هـ) أن الإخوة.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

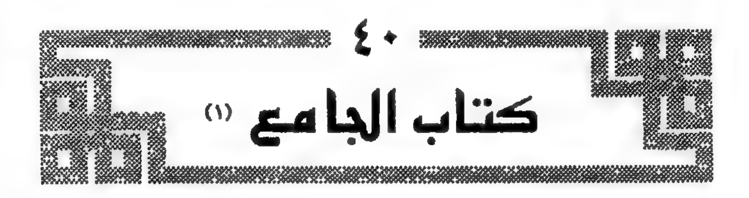
(٨) ثبت فى (ب) الآخر.

أحدهما [زوجًا فـيقولون أخوان لأب ولأم ورثا مالاً أصـاب أحدهما][1] ثلاثة أرباعه، والآخر ربعه، ويلغون الثانية إذا كان أحدهما زوجًا والآخر أخًا لأم فيقولون أخوان لأب ورثا مالاً فورث أحدهما ثلثه والآخر ثلثيه.

[تم كتاب الفرائض بحمد الله وعونه] [2]

* * *

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ، ب).



٤٠ كتاب الجامع (١)

لما كان مدار هذا الباب على بيان آداب الشريعة ومندوباتها ومسنوناتها وتفصيل المستحب والفاضل والمرغب فيه والمرخص فيه والمكروه وما يتعلق بذلك من أحكام المكلفين وجب بيان معاني هذه الأوصاف قبل ذكر الأفعال التى هى محالها ليفهم الدارس معانيها ويقف على الغرض منها، وإلا فمتى وصف الفعل أنه واجب أو ندب وهو ما يعرف معنى الوجوب والندب كان كالحاطب[٢] بين ظلام وعشاء فلذلك وجب[٣] البدأ بهذا الباب وأحكامه، وقد كان من حق التصنيف أن يكون الابتداء أولى به من الخاتمة ولكن تجدد هذا الرأى بعد خروج نسخ منه كرهنا إفسادها بالاختلاف والله الموفق للصواب[٤].

---

(١) وسماه الشيخ أبى الحسن فى شرحه للرسالة والشيخ على الصعيدى فى حاشيته بابُ جُمَلٍ وقال الشيخ أبى الحسن: أى فى بيان جمل من الفرائض وجمل من السنن الواجبة وجمل من الرغائب وهو من محاسن التأليف لأنه يقع فيه مسائل لا يناسب وضعها فى ربع من أرباع الفقه فجمعها المالكية فى أواخر كتبهم وسموها بالجامع. انظر حاشية العدوى على شرح الرساله لأبى الحسن (٢/ ٣٦٥).

وقال الشيخ محمد فؤاد عبد الباقى فى تعليقه على الكتاب الجامع فى الموطأ: قال ابن عربى فى القبس: هذا كتاب اخترعه مالك فى التصنيف لفائدتين: إحداهما: أنه خارج عن رسم التكليف المتعلق بالأحكام التى صنفها أبوابًا ورتبها أنواعًا.

والثانية: أنه لما لحظ الشريعة وأنواعها ورآها منقسمة إلى أمر ونهى وإلى عبادة ومعاملة وإلى جنايات وعادات نظمها أسلاكًا وربط كل نوع بجنسه وشذت عنه من الشريعة معان منفردة لم يتفق نظمها فى سلك واحد لأنها متغايرة المعانى ولا أمكن أن يجعل لكل واحد منها بابا لصغرها ولا هو أراد أن يطيل القول فيما يمكن إطالة القول فيها فجعلها أشتاتًا وسمى نظامها «كتاب الجامع» فطرق للمؤلفين ما لم يكونوا قبل به عالمين فى هذه الأبواب كلها. انظر تعليقات الشيخ محمد فؤاد عبد الباقى على الموطأ (٢/ ٨٨٤).

(٢) ثبت فى (ب) كالحائط وفى (هـ) كالخابط.

(٣) ثبت فى (ب) وجه.

(٤) ثبت فى (أ) والله ولى التوفيق.

فصل

اعلم أن أفعال المكلفين لا تخرج على اختلاف أوصافها وتباين أحكامها على خمسة أحكام وهو: الوجوب والندب والحظر والكراهة والإباحة ولكل واحد من هذه الألفاظ معنى على طريق اللغة ومعنى على طريق الأصوليين ونحن نبين جميع ذلك.

فأما معنى الوجوب فهو تحريم الترك[١] فكل واجب فتركه حرام، وقيل ما فى فعله ثواب وفى تركه عقاب[٢]، والأول أخص وله عبارات يقال: واجب ومفروض ومكتوب ولازم ومستحق.

هذا على طريق الأصوليين وبجميعه قد ورد بها شرع قال تعالى: ﴿كتب عليكم الصيام﴾ [البقرة:١٨٣] يعنى وجب، وقال تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها﴾ [المائدة:٤٥] وقال: ﴿أنلزمكموها وأنتم لها كارهون﴾ [هود:٢٨] يريد أن نوجبها عليكم، وقال: ﴿حقًا علينا نصر المؤمنين﴾ يريد مستحقًا، وقال تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ [آل عمران:٩٧] وغيرها من ألفاظ الوجوب.

وفى الحديث «فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان»[٣]، وحديث الخثعمية لما قالت إن فريضة الله تعالى على عباده فى الحج أدركت أبى شيخًا كبيرًا[٤]، وقال تعالى: ﴿حتمًا مقضيًا﴾ [مريم:٧١]، ويبين ذلك أن أهل اللغة لا يفرقون بين قول السيد لعبده: فرضت عليك وأوجبت عليك وحتمت وكتبت وألزمت وأنا أستحق عليه ويرونه كله عباره عن الوجوب وتحريم الترك.

فأما أصل الوجوب فى اللغة فهو السقوط يقال: أوجب الحائط إذا سقط ووجبت الشمس[٥]، قال الله تعالى: ﴿فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها﴾ [الحج:٣٦] فشبهوا

---

(١) أصول . فالخطاب إن اقتضى الوجود ومنع النقيض فوجود. انظر نهاية السول للأسنوى (١/ ٧١).

(٢) أى: تركه قاصدًا مطلقًا. انظر نهاية السول (١/ ٧٣).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخارى فى الحج (٣/ ٤٤٢) ح (١٥١٣) وأبو داود فى المناسك (٢/ ١٦٧) ح (١٨٠٩)، والترمذى فى الحج (٣/ ٢٢٣)ح (٨٨٥)، والنسائى فى الحج (٥/ ٨٨) باب (الحج عن الحى الذى لا يستمسك على الرحل)، وابن ماجه فى المناسك (٢/ ٩٧٠) ح (٢٩٠٧).

(٥) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (١/ ١٣٦).

المفروض بالشىء الذى قد سقط فلا يمكن رفعه كما لا يمكن الخروج عن الواجب إلا بفعله.

وأصل الفرض عندهم التقدير ومنه فرض القاضى، أى: تقديره[(١)] ومنه قوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة:٢٣٧]، وقوله: ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ أى: قدر، واللزوم[(٢)] أخذ الإنسان الشىء وإمساكه إياه[(٣)].

فصل

والندب ما تتعلق الفضيلة بفعله ولا يتعلق العقاب بتركه[(٤)] وهو مشارك للواجب فى الوصف الأول ويباين له فى الوصف الثانى، وله اعتبارات يقال: ندب ومستحب ومسنون وتطوع وإرشاد ونفل وفضيلة ومرغب فيه، وأصل الندب فى اللغة: الدعاء إلى الشىء[(٥)] يقال: ندبته إلى كذا.

والاستحباب: المحبة، والمسنون فى الشرع فى أعلى مراتب المندوب[(٦)] وهو فى اللغة الطريقة ومنه ﴿سنة الأولين﴾ [الحجر:١٣] أى: طريقتهم، وقوله تعالى: ﴿سنة من قد أرسلنا قبلك﴾ [الإسراء:٧٧] وقوله ﷺ: «عليكم بسنتى وسنة الخلفاء من بعدى»[(٧)]، والتطوع مأخوذ من الطوع وهو الانقياد[(٨)] يقال: أطاع بكرًا أى انقاد إليه، واستجاب له، والإرشاد الهداية إلى المطلوب وإلى ما فيه الصلاح والنفل والهبة[(٩)] والفضيلة مأخوذة من الفضل وهو فى الفعل استحقاق الثواب عليه والرغبة والإرغاب إلى الفعل لينال الفاعل.

---

(١) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (٢/ ٣٣٩).

(٢) ثبت فى (ب) ألزم.

(٣) قال الفيروزآبادى: يقال: لزِمَهُ لُزومًا ولِزامًا وألزمه إياه فالتزمه وهو لُزَمَته اى: إذا لزم شيئًا لا يفارقه. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/ ١٧٥).

(٤) فالخطاب إن اقتضى الوجوب ولم يمنع من النقيض فندب، فالندب: خطاب الله تعالى الطالب للفعل بطلب غير جازم. انظر نهاية السول للأسنوى (١/ ٧١).

(٥) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (١/ ١٣١).

(٦) ثبت فى (ب) المندوبات.

(٧) أخرجه أبو داود فى السنة (٤/ ٢٠٠) ح (٤٦٠٧)، والترمذى فى العلم (٥/ ٤٤) ح (٢٦٧٦)، وابن ماجه فى المقدمة (١/ ١٥) ح (٤٢)، وأحمد فى المسند (٤/ ١٥٦) ح (١٧١٤٧).

(٨) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (٣/ ٦٠).

(٩) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (١/ ٢٩٤).

فصل

والمحظور هو المحرم الممنوع: وهو ما حرم فعله، وهو نقيض الواجب[١]، والحظر فى اللغة: المنع[٢] ومنه الحظيرة[٣].

والمكروه نقيض المندوب إليه،وهو ما تعلق الثواب عليه بتركه ولا عقاب فى فعله[٤].

والإباحة التوسعة والإطلاق ومنه باحة الدار أى: وسطها[٥]، والمباح كل فعل وقع من المكلف يستوى فعله وتركه لا ثواب فى فعله ولا عقاب فى تركه[٦]، فهذه أصول أحكام أفعال المكلفين وما بعد ذلك داخل فيه: فالطاعة امتثال الأمر يقال: أطاع فلانًا إذا امتثل أمره[٧].

والصحة وقوع الفعل على الشروط التى يعتد بها لفاعله معها[٨]، والرخصة التخفيف بعد المنع والاستثناء من جملة ممنوعة[٩]، ومنه رخص السعر إذا كان بعد الغلاء، وهذه جملة وافية فى هذا الفصل.

---

(١) فالخطاب إن اقتضى الترك ومنع النقيض فحرمة، فالمحرم هو: خطاب الله تعالى الطالب للترك بطلب جازم. انظر نهاية السول (١/ ٧١).
ويرسم بأنه الذى يذم شرعًا فاعله. انظر نهاية السول (١/ ٧٩).

(٢) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (٢/ ١٠).

(٣) ثبت فى (أ) الحظرة.

(٤) ويرسم المكروه بأنه: ما يمدح تاركه ولا يذم فاعله. انظر نهاية السول للأسنوى (١/ ٧٩).

(٥) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (١/ ٢١٤).

(٦) فالمباح فى اللغة عبارة عن الموسع فيه. واصطلاحًا: ما لا يتعلق بفعله وتركه مدح ولا ذم. انظر نهاية السول للأسنوى [١/ ٧٩).

(٧) ذكره الفيروزآبادى. انظر القاموس المحيط (٣/ ٦٠).

(٨) فالصحة: موافقة الفعل ذى الوجهين الشرع فى الأصح، أو استتباع الغاية. انظر نهاية السول للأسنوى (١/ ٩٤ ـ ٩٥).

(٩) هذا هو تعريف الرخصة فى اللغة. وأما اصطلاحًا: فهو الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر. انظر نهاية السول للأسنوى (١/ ١٢٠).

باب

الابتداء بالسلام سنة ، ورده آكد من ابتدائه ، وينتهى السلام إلى البركة[1] ويسلم الماشى على الجالس، والراكب على الماشى والجالس، ويسلم الواحد من الجماعة يجزى عنهم ورد الواحد كذلك، ولا يبتدأ أهل الذمة بالسلام فإن بدءوا به رد عليهم ولفظ الرد: وعليكم ويجزى سلام المسلم أن يزيد الابتداء على لفظ الرد والرد على لفظ الابتداء إلا أن الانتهاء فى ذلك إلى البركات، ولا بأس بالسلام على المرأة المتجالة، ويكره سلام الرجل على الشابة[2].

فصل

وإنما قلنا إن الابتداء بالسلام سنة لقوله تعالى: ﴿**فإذا دخلتم بيوتًا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة**﴾ [النور:٦١]، وقوله ﷺ: «أفشوا السلام»[3] «من حق المسلم على المسلم ثلاثة. . .» فذكر: «ويسلم عليه إذا لقيه»[4].

فصل

وإنما قلنا إن رده آكد من ابتدائه لقوله تعالى: ﴿**فإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها**﴾ [النساء:٨٦] قيل: إن ذلك فى رد السلام، ولأنه قد تعلق به المسلم كما تعلق فى رد المشمت حق التشميت[5].

---

(١) ذكره الشيخ أحمد الصاوى. انظر بلغة السالك (٢/ ٤٩٠)، انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٣)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٥).

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٣)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٧).

(٣) أخرجه مسلم فى الإيمان (١/ ٤٧) ح (٩٣/ ٥٤)، والترمذى فى القيامة (٤/ ٦٦٤) ح (٢٥١٠)، وابن ماجه فى المقدمة (١/ ٢٦) ح (٦٨)، وأحمد فى المسند (٢/ ٥١٨) ح (٩١٠٨).

(٤) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ: «حق المسلم على المسلم خمس»، أخرجه البخارى فى الجنائز (٣/ ١٣٥) ح (١٢٤٠)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٠٤) ح (٤/ ٢١٦٢).

(٥) حق التشميت: سقطت من (أ).

فصل

وإنما قلنا إنه ينتهى إلى قوله: وبركاته، فلأن ذلك ما ورد به الخبر عن النبى ﷺ والسلف ومنع ما زاد عليه وروى أن عمر رضى الله عنه أتى النبى ﷺ فقال: السلام عليك يا رسول الله السلام عليك أيدخل عمر[١]، وروى أن رجلاً سلم على عبد الله بن عباس فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ثم زاد بعد ذلك شيئًا، فقال ابن عباس: إن السلام ينتهى إلى البركة[٢]، وروى أن رجلاً سلم على عبد الله بن عمر فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته والغاديات والرائحات فقال ابن عمر: عليك ألف وكأنه كره ذلك[٣].

فصل

وإنما قلنا يسلم الماشى على الجالس والراكب على الماشى لما روى عنه ﷺ أنه قال: «يسلم الصغير على الكبير والماشى على القاعد والراكب على الماشى»[٤].

فصل

وإنما قلنا إن تسليم الواحد من الجماعة مجزئ[٥] عنهم لما روى عنه ﷺ أنه قال: «إذا سلم واحد من القوم أجزأ عنهم»[٦].

فصل

وإنما قلنا إن رد الواحد من الجماعة مجزئ عنهم خلافًا لمن فرق بين الابتداء والرد فأجازه فى الابتداء وأوجب فى الرد أن يرد كل واحد منهم، لقوله تعالى: ﴿وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها﴾ [النساء:٨٦] فمفهومه أن يرد بمثل ما ابتدأ من غير

(١) أخرجه أحمد فى المسند (١/ ٣٩٤) ح (٢٧٥٩)، وذكره الحافظ الهيثمى وقال: رجاله رجال الصحيح. انظر مجمع الزوائد (٨/٤٧).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ فى السلام (٢/ ٩٥٩) ح (٢).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى السلام (٢/ ٩٦٢) ح (٧).

(٤) أخرجه البخارى فى الاستئذان (١١/ ١٧) ح (٦٢٣٢)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٠٣) ح (١/ ٢١٦٠).

(٥) ثبت فى (ب) يجزى.

(٦) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٩٥٩) ح (١).

زيادة وذلك يقتضى أنه إذا سلم واحد رد واحد، وقوله ﷺ: «إذا سلم واحد من القوم أجزأ عنهم»[1] ولم يفرق بين الابتداء والرد ولأنه رد التحية وكتشميت العاطس.

فصل

وإنما قلنا لا يبتدئ أهل الذمة بالسلام لقوله تعالى: ﴿تحية من عند الله مباركة طيبة﴾ [النور:٦١] والكافر ليس بأهل التحية والإكرام بل للإذلال والهوان، وقوله ﷺ: «لا تبدؤهم بالسلام»[2].

فصل

وإنما قلنا يقول فى الرد إذا سلم الذمى: وعليك، لقوله ﷺ : «إن اليهود إذا سلم عليكم[3] أحدهم فإنما يقول: السام عليكم، فقل: وعليك»[4]، وفى رواية أخرى «وعليكم»[5] وقد اختار بعضهم أن يرد عليه السلام بكسر السين وهى الحجارة والأول أولى.

فصل

وإنما أجزنا تزايد اللفظين لأن كل واحد[6] مروى عن السلف، ولأن المعنى واحد فيهما.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مسلم فى السلام (١٧٠٧/٤) ح (٢١٦٧/١٣)، وأبو داود فى الأدب (٤/ ٣٥٤) ح (٥٢٠٥)، والترمذى فى الاستئذان (٥/ ٦٠) ح (٢٧٠٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وابن ماجه فى الأدب (١٢١٩/٢) ح (٣٦٩٩) فى الزوائد: فى إسناده ابن إسحاق وهو مدلس. قال: وليس لأبى عبد الرحمن هذا سوى هذا الحديث عند المصنف. وليس شىء فى بقية الكتب الستة. وأحمد فى المسند (٢/ ٣٥٢) ح (٧٥٨٤).

(٣) عليكم: سقطت من (أ).

(٤) أخرجه البخارى فى الاستئذان (١١/ ٤٤) ح (٦٢٥٧)، ومسلم فى السلام (١٧٠٦/٤) ح (٨/ ٢١٦٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (ب) ذلك.

فصل

وإنما قلنا سلام الرجل على المرأة جائز والمرأة على الرجل لأن النبي ﷺ سلم على النساء[١]، ولأنه تحية للمؤمن فلم يختص به الرجال دون النساء كتشميت العاطس.

فصل

وإنما فرقنا بين المتجالة والشابة لأن المتجالة لا تسبق الظنة إلى المسلم عليها أراد أن يكون بذلك محادثتها والالتذاذ بكلامها والتذرع إلى ما يرتاب منها وذلك غير مأمون في الشابة فكره لما يطرق عليه.

فصل

هجرة المسلم لأخيه فوق ثلاث[٢] ليال منهى عنه إلا أن يكون من أهل الأهواء والبدع أو من فساق الأفعال المديمين[٣] على ذلك فمستحب[٤] هجرته ردعًا له وزجرًا، والذى يخرج به هاجر أخيه من هجرته أن يسلم عليه إذا لقيه.

وإنما منعنا دوام الهجرة زيادة على الثلاثة أيام لأن ذلك مؤد إلى التقاطع والتدابر المنهى عنه ومورث للعداوة والبغضاء وتمكن الأحقاد فى قلوب المؤمنين بعضهم لبعض، وضد ذلك ما حض النبى ﷺ من المواصلة والألفة، ونهى عنه من التقاطع والتدابر لقوله ﷺ «لا تقاطعوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانًا، ولا يهجر أحدكم أخاه فوق ثلاث»[٥].

فصل

وإنما استثنينا الثلاث لورود الخبر باستثنائها من المنع وتجرى [العادة فى][٦] الطبائع فى

(١) أخرجه الترمذى فى الاستئذان (٥/٥٨) ح (٢٦٩٧) وقال: حديث حسن صحيح، وأبو داود فى الأدب (٤/٣٥٣) ح (٥٢٤)، وابن ماجه فى الأدب (٢/ ١٢٢٠) ح (٣٧٠١).

(٢) ثلاث: سقطت من (ب).

(٣) ثبت فى (أ) مؤمنين. وفى (هـ) المدمنين.

(٤) فمستحب: سقطت من (أ).

(٥) أخرجه البخارى فى الأدب (١٠/٥٠٧) ح (٦٠٧٦)، ومسلم فى البر (٤/ ١٩٨٥) ح (٢٨/٥٦٣).

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

الهجرة عند حدوث ما يثيرها ويجر إليها وكانت استدامتها ممنوعة لما ذكرناه واحتيج إلى ضرب مدة ليفصل بها بين ما رخص فيه لغلبة الطباع وبين ما منع منه وكان أول ما ضرب لذلك الثلاث لأنها جعلت في الشرع فصلاً في عدة مواضع.

فصل

وإنما قلنا يخرجه من ذلك أن يسلم عليه، لقوله ﷺ: «وخيرهما الذي يبدأ بالسلام»[1]، ولأنه يزول بذلك عن الهجرة المنهي عنها إلى ضرب من المواصلة وهي تحية أخيه المسلم المأمور بابتدائه بها.

فصل

وإنما استثنينا هجران المبتدع في اعتقاده والمجاهر[2] بفسقه ومعاصيه ردعًا له عما هو عليه وليزدجر[3] عنه ويقلع عن استدامته وغضبًا لله سبحانه في مواصلة من هذه سبيله وإيثار ألفته ومخالطته، ولئلا ينسب مواصله إلى مثل طريقته ويضاف إليه ما يعرف من قبيح الطريقة به أو الرضا بذلك من فعله، وفي الحديث «المرء على دين خليله فلينظر أحدكم من يخالل»[4]، ولأن المخالطة لأهل البدع قد يكون من ضعف القلب وشره العامية بحيث يأمن على نفسه أن يشكك في دينه، ويمكن في قلبه شبهة بدعة يبعد زوالها منه يتعذر تلافيها، وقد قيل: لا تُمكِّن زائغ[5] القلب من أذنيك، وروى ذلك عن جملة من السلف رضي الله عنهم.

فصل

والمصافحة جائزة وتكره المعانقة وأشد من ذلك تقبيل اليد[6]، وإنما أجزنا المصافحة لقوله ﷺ «ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يفترقا»[7].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ثبت في (أ)، (هـ) المهاجر.

(٣) ثبت في (ب،هـ) لينزجر.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ١٧١) صحيح ولم يخرجاه.

(٥) ثبت في (ب) رابع.

(٦) ذكره الشيخ الأبي. انظر الثمر الداني (ص ٦٩٨)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٧, ٤٣٨).

(٧) أخرجه أبو داود: الأدب (٤/ ٣٥٥) ح (٥٢١٢) وابن ماجه: الأدب (٢/ ١٢٢٠) ح (٣٧٠٣)، والترمذي: الاستئذان (٥/ ٧٤) ح (٢٧٢٧)، وانظر نصب الراية للحافظ الزيلعي (٤/ ٢٦٠).

فصل

وإنما كرهنا[١] المعانقة لأنها لم ترد عن النبى ﷺ، ولا عن السلف مع أنها أخلاق العامة إلا أن يكون من طول الاشتياق وقدوم من غيبة أو مع الأهل وما أشبه ذلك ويفارق المصافحة لوجود العمل بها، وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازتها[٢]، ووجهه[٣] ما روى عن حديث أبى ذر أن ر سول الله ﷺ كان يصافحه فجاءه فالتزمه[٤] واعتباراً بالمصافحة.

فصل

وإنما كره تقبيل اليد لأنه مِن التكبر والتجبر الذى تستعمله الأعاجم ولم ينقل عن أحد من السلف[٥].

فصل

وينبغى للعاطس أن يحمد الله تعالى، وأن يسمع من يقرب منه، وينبغى لمن سمعه أن يشمته إلا أن يتوالى منه ذلك مراراً[٦] فيسقط عنه تشميته، وتشميته أن يقول يرحمك الله، ولرده لفظان: أحدها أن يقول : يهديكم الله ويصلح بالكم ، والآخر أن يقول :

---

(١) ثبت فى (ب) كرهت.

(٢) قال الشيخ الأبى: أجازها سفيان بن عيينة وهو من كبار أهل العلم والفضل. وفى شرح أبى الحسن للرسالة قال: قال غالب التمار: قد ذكرت ذلك للشعبى فقال: كان أصحاب محمد ﷺ إذا تلاقوا تصافحوا فإذا قدموا من سفر عانق بعضهم بعضاً. وقال الإمام النووى: وأما تقبيل الرجل الميت والقادم من سفره ونحوه فسنة ومعانقة القادم من سفر ونحوه سنة، وأما المعانقة وتقبيل وجه غير القادم من سفر ونحوه غير الطفل فمكروهان صرح بكراهتهما البغوى وغيره. انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٨)، انظر حاشية العدوى على شرح أبى الحسن للرسالة (٢/٤٣٨)، انظر المجموع شرح المهذب للنووى (٤/٦٣٧).

(٣) ووجهه: سقطت من (ب).

(٤) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/٣٥٦) ح (٥٢١٤)، وأحمد فى المسند (٥/١٩٤) ح (٢١٥٠٠).

(٥) ذكره الشيخ العدوى وقال: وهو ظاهر المذهب أى: نصوص أهل المذهب وقال على بن خلف بن بطال أبو الحسن البكرى: إنما يكره تقبيل يد الظلمة والجبابرة أما يد الأب والرجل الصالح ومن ترجى بركته فجائز. انظر حاشية العدوى (٢/٤٣٨)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٨).

(٦) ثبت فى (أ) مرات.

يغفر الله لكم، والأول أفضل.

وإنما قلنا إنه إذا عطس حمد الله عز وجل لقوله ﷺ: «إذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله»[(١)] وروت عائشة رضى الله عنها أن رجلاً عطس عند النبى ﷺ فقال: يا رسول الله ماذا أقول فقال: «قل الحمد لله»[(٢)] وإنما قلنا إن على من سمعه أن يشمته لقوله ﷺ «إذا عطس فليشمته»[(٣)] وقوله «فليقل له صاحبه يرحمك الله»[(٤)]، وإنما قلنا إنه لا يستحق التشميت إلا إذا سمع منه الحمد لله لقوله ﷺ: «إذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله وليقل صاحبه يرحمك الله»[(٥)] فشرط فيه أن يكون بعد التحميد، وروى أنه ﷺ عطس عنده رجلان فشمت أحدهما ولم يشمت الآخر، فقيل له فى ذلك فقال: «لأن ذلك حمد لله فشمته وهذا لم يحمد الله فلم أشمته»[(٦)].

[وإنما قلنا إن للرد لفظين لأن الرواية جاءت بهما][(٧)] وإنما قلنا إن قوله: يهديكم الله أفضل لقوله ﷺ: «وليقل يهديكم الله ويصلح بالكم»[(٨)] ولأن الهداية أفضل من المغفرة لأنها قد تعرى من الذنوب، والمغفرة لا تكون إلا لذنب، وإنما قلنا إن التشميت يسقط مع الموالاة لقوله ﷺ «إن عطس فشمته ثم إن عطس فشمته ثم إن عطس فقال إنك مضنوك»[(٩)] يريد مزكوم.

فصل

وعشر من الفطرة: خمس فى الرأس، وخمس فى الجسد، فالتى فى الرأس المضمضة

---

(١) أخرجه البخارى فى الأدب (١٠/ ٦٢٣) ح (٦٢٢٤)، وأحمد فى المسند (٦/ ٨٨) ح (٢٤٥٥٠).

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٦/ ٨٨) ح (٢٤٥٥٠)، وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى وقال: فيه محمد بن إسماعيل بن عياش وهو ضعيف. انظر مجمع الزوائد (٨/ ٦٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البخارى فى الأدب (١٠/ ٦١٥) ح (٦٢٢١)، ومسلم فى الزهد (٤/ ٢٢٩٢) ح (٢٩٩١/ ٥٣).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أصله عند مسلم: أخرجه مسلم فى الزهد (٤/ ٢٢٩٢) ح (٥٥/ ٢٩٩٣)، وأبو داود فى الأدب (٤/ ٣١٠) ح (٥٠٣٧)، ومالك فى الموطأ فى الاستئذان (٢/ ٩٦٥) ح (٤) واللفظ له.

والاستنشاق والسواك وقص إطار الشارب وإعفاء اللحية، والتي في الجسد: حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظفار والاستنجاء والختان[١]، وإنما قلنا ذلك لورود الروايات بذلك، فأما المضمضة والاستنشاق والسواك والختان فقد ذكرنا حكم جميعها.

فصل

فأما قص إطار[٢] الشارب فلقوله ﷺ «احفوا الشوارب»[٣] [ومعنى ذلك قص ما زاد من أطرافه[٤]، وروى أنه ﷺ كان يأمر بقص شاربه[٥] وأما حلقه فمثلة منهى عنها][٦] هذا مذهب أكثر أهل العلم وعلماء المدينة، ومروى عن جمهور الصحابة، وذهب أبو حنيفة[٧] والشافعي إلى استحبابه[٨].

وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ: «ليس منا من حلق»[٩]، ولأن في تبقيته جمالاً للوجه وزينة، وفي حلقه مثلة وذهاب بهاء الوجه[١٠] وجماله فكانت تبقيته هي المستحبة كشعر اللحية، وروى عن عمرو وأبي سعيد الخدري ورافع بن خديج وجابر وسهل بن سعد

---

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١١٣٦, ١١٣٧)، انظر الثمر الداني (ص ٦٨٢)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٠٧, ٤٠٨).

(٢) إطار: سقطت من (ب).

(٣) أخرجه البخاري في اللباس (١٠/ ٣٦١) ح (٥٨٩٢)، ومسلم في الطهارة (١/ ٢٢٢) ح (٥٢/ ٢٥٩).

(٤) أطرفه: مطموسة في (أ).

(٥) أخرجه الترمذي في الأدب (٥/ ٩٣) ح (٢٧٦٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٦) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٧) ذكره الشيخ الموصلي. انظر الاختيار (٤/ ٢٤).

(٨) قال الإمام النووي: ظابط قص الشارب أن يقص حتى يبدو طرف الشفة ولا يحفه من أصله هذا مذهبنا. انظر المجموع شرح المهذب (١/ ٢٨٧) شرح صحيح مسلم للنووي (٣/ ١٥١) وقال الحافظ ابن حجر: قال ابن دقيق العيد تعليقًا على كلام النووي: ما أدرى هل نقله عن المذهب أو قاله اختيارًا منه لمذهب مالك، وقال الطحاوي: لم أر عن الشافعي في ذلك شيئًا منصوصًا وأصحابه الذين رأيناهم كالمزني والربيع كانوا يحفون وما أظنهم أخذوا ذلك إلا عنه. انظر فتح الباري (١٠/ ٣٥٩) العدة شرح العمدة (١/ ٣٤٥، ٣٤٦).

(٩) أخرجه أبو داود في الجنائز (٣/ ١٩٠) ح (٣١٣٠)، والنسائي في الجنائز (٤/ ١٨) (باب شق الجيوب).

(١٠) ثبت في (ب) لماء الوجه.

وأبى هريرة وغيرهم أنهم كانوا يجزون شواربهم[١]، وقال مالك كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه إذا حزبه أمر فتل شاربه[٢]، وقال ابن المسيب أول من قص الشارب إبراهيم ﷺ[٣]، فأما إعفاء اللحية وتوفيرها وتكثيرها لأن فى ذلك جمالاً للوجه وزينة للرجل، وجاء فى بعض الأخبار «أن الله عز وجل زين بنى آدم باللحى»[٤] ولأن الغرض بذلك مخالفة الأعاجم فى نتفها وتبقية اليسير منها، والإعفاء التكثير ومنه قوله تعالى: ﴿حتى عفوا﴾ [الأعراف:٩] يريد كثروا، هذا ما لم يخرج بطولها عن الحد المعتاد ويفضى بصاحبها إلى الطنز[٥] والسخرية منه.

فصل

وأما حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظفار فمستحب لورود الخبر به[٦] واتصال العمل من السلف والأعصار إلى هلم جرا به، ولأنه من النظافة وإزالة الشين والقذارة فكان استنانه متأكداً.

فصل

ولا ينبغى لأحد أن يدخل على أجانب أو أقارب إلا بإذن ويستأذن ثلاثًا فإن أذن له وإلا رجع إلا أن يغلب على ظنه أنه لم يسمع فلا بأس أن يزيد، وليستأذن فى دخوله على أمه وذوات محارمه، وأن يسلم على أهل بيته[٧] وأهله إذا دخل منزله[٨].

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (١/ ٢٣٤) ح (٦٩٧).

(٢) ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى ورجاله رجال الصحيح خلا عبد الله بن أحمد وهو ثقة مأمون إلا أن عامر بن عبد الله بن الزبير لم يدرك عمر .انظر مجمع الزوائد (٥/ ١٦٩).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى صفة النبى ﷺ (٢/ ٩٢٢) ح (٤).

(٤) لم أجده.

(٥) الطَّنْزُ السُّخرِيَة. وثبت فى (أ) التطرية. وفى (هـ) الطنزية.

(٦) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٣٦١) ح (٥٨٩٠)، ومسلم فى الطهارة (١/ ٢٢١) ح (٤٩/ ٢٥٧).

(٧) أهل بيته: سقطت من (ب).

(٨) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٣)، انظر الثمر الدانى (ص٦٩٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٩, ٤٤٠).

فصل

وإنما قلنا إن الاستئذان مأمور به في الجملة لقوله تعالى: ﴿لا تدخلوا بيوتًا غير بيوتكم...﴾ إلى قوله: ﴿فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم﴾ [النور:٢٨]، وقوله: ﴿فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم﴾ [النور:٥٩] وقوله: ﴿ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم﴾ [النور:٥٨] الآية، ولأنه إذا دخل ولم يستأذن ربما صادف كراهة من القوم لدخوله أو كونهم على ضروب من الانبساط يكرهون أن يراهم الغير عليها.

فصل

وإنما قلنا يستأذن على الأقارب كاستئذانه على الأجانب لأنه متى فاجأهن بالدخول جاز أن يصادف منهن عورة لا يجوز له الاطلاع عليها[1] أو أمرًا يكرهن الوقوف عليه منهن، وقد نبه النبي ﷺ من سأله عن ذلك على هذا المعنى لقوله لما سأله [هل عليَّ أن استأذن على أمي، قال له «نعم»، قال إني معها في البيت قال «استأذن عليها» قال إني خادمها، قال «استأذن عليها»][2] أتحب أن تراها عريانة[3] وفي طريق آخر: «أتحب أن ترى منها ما لا تحب» قال لا، قال «فاستأذن»[4].

فصل

فأما أمته وزوجته الجائز له وطأها فليس عليه استئذانهن لأن أكثر ما في ذلك أن يصادف منهن تكشفًا وتبسطًا[5] وقد أبيح له النظر إلى أبدانهن.

فصل

وإنما قلنا إن الاستئذان ثلاثًا لما روى أبو موسى الأشعري وأبو سعيد الخدري أنه ﷺ

---

(١) ثبت في (أ) عليهن.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ في الاستئذان (٢/٩٦٣) ح (١)، قال أبو عمر: مرسل صحيح. ولا أعلمه يستند من وجه صحيح ولا صالح.

(٤) قال: ابن حجر: أخرجه البخاري في الأدب المفرد من طريق مسلم بن النذير ومن طريق موسى ابن طلحة وأسانيد هذه الآثار كلها صحيحة، انظر فتح الباري (١١/٢٧).

(٥) ثبت في (أ) ووسطًا.

قال: «الاستئذان ثلاث فإن أذن لك فادخل وإلا فارجع»[١]، ولأنه قد لا يسمع فى أول مرة واحتيج إلى زيادة عليه فكانت الثلاثة أولى ما حد فيه.

فصل

وإنما قلنا إنه إذا رجع لقوله ﷺ: «فإن أذن لك فادخل وإلا فارجع»[٢]، ولأن الدخول على الإنسان بغير إذنه غير جائز، والزيادة على القدر الذى ورد به الشرع تعد لما حد فيه، ولا يعلم[٣] إذا لم يؤذن له أنه يكره الدخول فلا ينبغى أن يزد[٤].

فصل

وإنما قلنا إنه إذا غلب على ظنه أنه لم يسمع جاز له أن يزيد لأنه إذا لم يسمع كان كمن لم يستأذن لأن الاستئذان الذى له حكم هو ما صادف سماعًا يعلم من المستأذن عليه هو إذن أو كراهة، فإذا لم يسمع كان كالمستأذن على النائم فلا يكون لاستئذانه حكم.

فصل

وإنما استحببنا أن يسلم على أهله لقوله تعالى: ﴿**فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة**﴾ [النور:٦١]، ولأنه إذا استحب له ذلك بسمع الأجانب كان أولى مع الأقارب، ولأنها تحية ندب إليها فلم يختلف فيها حكم الأجانب والأقارب كتشميت العاطس.

فصل

ولا يتناجى اثنان دون واحد[٥] لنهيه ﷺ عن ذلك[٦]، ولأن فى ذلك انكسار قلبه لأنه

---

(١) أخرجه البخارى فى الاستئذان (١١/ ٢٨ ـ ٢٩) ح (٦٢٤٥)، ومسلم فى الأدب (٣/ ١٦٩٤) ح (٢١٥٣/٣٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ثبت فى (ب) ولأنه يعلم.

(٤) ثبت فى (ب) أن يؤذيهم.

(٥) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧٠٠)، انظر حاشية العدوى (١/ ٤٤٠).

(٦) أخرجه البخارى فى الاستئذان (١١/ ٨٤) ح (٦٢٨٨)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧١٧) ح (٢١٨٣/٣٦).

يعتقد أنهمـا يكرهان اطلاعه على ما هما فيه وستره عنه وارتيـابه بهما، وظنه أنهما فى شىء من أمره، ويجوز إذا كانوا جماعة لأنه قد شركه الباقون فيما يستر عنه من الحديث فيزول عنه الحزن.

فصل

ما يتصـرف فيه الإنسان بجوارحه على ضـربين: منه ما يستحب له فعله بيـمينه فإن فعله بشماله أساء وأجزاه، ومنه ما يستحب له فـعله بشماله فإن فعله بيمينه أساء إلا أن يكون له عذر فى الموضعين.

فالضرب الأول كالعبادات التى ليس طريقها إزالة الأذى وأوائل الأفعال دون الخروج منها وذلك كالوضـوء وتناول الشىء من يد غيره، والأكل والشرب واللـباس للنعل وما أشبه ذلك كل هذا يستحب له فعله بيمينه.

والآخـر كالاسـتنجاء والاسـتنثار وخلع النـعل وتنقيـة الأنف وغيـر ذلك من إزالة النجاسة والأذى فهذا كله مستحب له فعله بشماله، والأصل فى هذا قوله ﷺ : [«إذا توضأتم فابدءوا بميامنكم»[1]][2] وقوله ﷺ : «إذا انتعل أحدكم فليـبدأ بيمينه وإذا خلع فليبدأ بشماله ، ولتكن اليمنى أولهـما تنتعل واليسرى أولهما للخلع»[3] ، وقوله ﷺ : «لا يأكل أحـدكم بشمـاله ولا يشـرب بشمـاله [فإن الشـيطان يأكل بشـماله ويشـرب بشماله»[4]][5]، وقالت عائشة رضى الله عنها : كانت يمينه ﷺ لوجهه وشماله لما وراء ذلك[6].

---

(١) أخـرجـه أبو داود فى اللبـاس (٤/ ٦٩) ح (٤١٤١)، وابـن مـاجـه فى الطهـارة (١/ ١٤١) ح (٤٠٢)، وأحمد فى المسند (٢/ ٤٧١) ح (٨٦٧٣).

(٢) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

(٣) أخـرجـه البخـارى فى اللبـاس (١٠/ ٣٢٤) ح (٥٨٥٦)، ومـسلم فى اللبـاس (٣/ ١٦٦٠) ح (٦٧/ ٢٠٩٧).

(٤) أخرجـه مسلم فى الأشربة (٣/ ١٥٩٨) ح (١٠٥/ ٢٠٢٠)، وأبو داود فى الأطعـمة (٣/ ٣٤٨) ح (٣٧٧٦)، والترمذى فى الأطعمة (٤/ ٢٥٧) ح (١٧٩٩) وابن ماجه فى الأطعمة (٢/ ١٠٨٧) ح (٣٢٦٦)، وأحمد فى المسند (٢/ ١٢) ح (٤٥٣٦).

(٥) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٦) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ قريب منه. أخرجه البخارى فى الوضوء (١/ ٣٢٤) ح (١٦٨)، ومسلم فى الطهارة (١/ ٢٢٦) ح (٦٦/ ٢٦٨).

فصل

ولا ينبغي أن يمشي الرجل في نعل واحد[١] لنهى رسول الله ﷺ عن ذلك وقوله «لينتعلها جميعًا أو يخلعها جميعًا»[٢]، ولأن ذلك يشغل قلبه ويؤثر فيه ضربًا من التخيل والاضطراب، ولأنه ضرب من الشهرة والتعريض لأن من يراه نسبه إلى اختلال الرأى ونقصان المروءة وقلة التحصيل ويطرق عليه اللهو ، وذلك خلاف موجب المروءة والتصور[٣] ويجوز ذلك فى الشىء الخفيف إذا كان هناك عذر وهو أن يمشى فى إحداهما متشاغلاً بإصلاح الأخرى، وإن كان الاختيار أن يقف إلى الفراغ منها لأنه ينسب حينئذ إلى شىء مما يكره، وإنما تناول له فى العجلة والإسراع إلى ما لا يأمن فوته فيكون ذلك عذرا له.

فصل

ويستحب للمرء أن يسم الله عند أكله وشربه، وأن يحمد الله عند فراغه[٤] لما روى أنه ﷺ كان إذا وضع يده فى الطعام قال: «بسم الله اللهم بارك لنا فيما رزقتنا»[٥]، وقال لعمر بن أبى سلمة: «سم الله وكل مما يليك»[٦] وروى أبو أمامة أنه ﷺ إذا فرغ من الطعام قال: «الحمد لله كثيرًا طيبًا مباركًا فيه»[٧]، وروى أبو سعيد أنه ﷺ كان يقول:

(١) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٤٠).

(٢) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٣٢٢) ح (٥٨٥٥) ، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٦٠) ح (٦٧/ ٢٠٩٧).

(٣) ثبت فى (ب) التصديق.

(٤) ذكره ابن عبد البر: انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٩)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٠)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٥).

(٥) وعن ابن أعبد قال: قال لى على بن أبى طالب ـ عليه السلام ـ: يا ابن أعبد تدرى ما حق الطعام؟ قال: قلت: وما حقه يا ابن أبى طالب؟ قال: تقول: بسم الله اللهم بارك لنا فيما رزقتنا، قال: وتدرى ما شكره إذا فرغت؟ قال: قلت: وما شكره؟ قال: تقول الحمد لله الذى أطعمنا وسقانا» قال الحافظ الهيثمى رواه عبد الله بن أحمد وذكره بطوله وابن أعبد قال ابن المدينى: ليس بمعروف، وبقية رجاله ثقات ـ انظر مجمع الزوائد (٥/ ٢٥).

(٦) أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/ ٤٣٤) ح (٥٣٧٨)، ومسلم فى الأشربة (٣/ ١٥٩٩) ح (١٠٨/ ٢٠٢٢).

(٧) أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/ ٤٩٣) ح (٥٤٥٨)، والترمذى فى الصلاة (٢/ ٢٥٤) ح (٤٠٤) وأبو داود فى الأطعمة (٣/ ٣٦٥) ح (٣٨٤٩) وابن ماجه فى الأطعمة (٢/ ١٠٩٢) ح (٣٢٨٤).

«الحمد لله الذى أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين»[١].

فصل

وينبغى له أن يتناول اللقمة بيمينه لما بيناه، ولا يأكل إلا مما يليه إذا كان الطعام نوعًا واحدًا[٢] لقوله ﷺ: «وكل مما يليك»[٣]، ولأن فى تعديه ما يلى غيره دناءة وقلة مروءة وأدب[٤]، وإذا كان أنواعًا مختلفة جاز أن يجيل يده فى نواحيه لأنه ينسب[٥] فى ذلك إلى غرض صحيح غير مستقبح وهو إرادة النوع الذى فى الناحية البعيدة عنه.

فصل

ولا ينبغى أن ينفخ فى طعام ولا شراب ولا أن يتنفس فى إنائه، وإذا ضاق النفس بالشارب فلينح[٦] القدح عن فيه فإذا تنفس أعاده[٧] لما روى أنه ﷺ نهى عن النفخ فى الشراب[٨]، فقال له رجل: إنى أروى من نفس واحد فقال له ﷺ: «فأبن القدح عن فيك وتنفس»[٩]، وروى أنه ﷺ قال: «اشرب فى ثلاثة أنفاس فهذا أهنا وأمرأ»[١٠]، ولأنه إذا تنفس فى الإناء جاز أن يطير مع نفسه شىء من ريقه أو أنفه فتعافه النفس وينسب إلى القذارة، [وكذلك قلنا إنه إذا رأى القذراة][١١] فى الإناء أراقها ولم ينفخها

(١) أخرجه أبو داود فى الأطعمة (٣/ ٣٦٥) ح (٣٨٥٠)، والترمذى فى الدعوات (٥/ ٥٠٨) ح (٣٤٥٧) وقال: حديث حسن صحيح.

(٢) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١١٣٨، ١١٣٩)، انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٢)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ثبت فى (أ) آداب.

(٥) ثبت فى (أ) مسبب.

(٦) ثبت فى (أ) فليتنح.

(٧) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٩)، انظر الثمر الدانى (ص٦٩٢)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٧).

(٨) ثبت فى (أ) الشرب.

(٩) أخرجه الترمذى فى الأشربة (٤/ ٣٠٣) ح (١٨٨٧) وقال: حسن صحيح، ومالك فى الموطأ فى صفة النبى ﷺ (٢/ ٩٢٥) ح (١٢).

(١٠) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ: كان يتنفس ثلاثًا. أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/ ٩٥) ح (٥٦٣١)، ومسلم فى الأشربة (٣/ ١٦٠٢) ح (١٢٢/ ٢٠٢٨).

(١١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

ووردت الرواية بذلك.

فصل

ويجوز الشرب قائمًا لأنه ﷺ فعل ذلك[1]، وذكر مثله عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وروى عن سعد وابن عمر وعائشة[2] رضي الله عنهم أجمعين.

فصل

يكره الأكل متكئًا لقوله ﷺ: «أما أنا فلا آكل متكئًا»[3]، ولأن ذلك من فعل الأعاجم اعتقادًا للتجبر والتعظيم، وإذا أراد دفعه إلى غيره دفعه إلى الأيمن لما بيناه من استحباب التيامن على غيره، ولما روى أنه ﷺ أتى بشراب وعن يمينه أعرابي وعن شماله أبي بكر وعمر والأشياخ، فقال للأعرابي: «وإن أذنت دفعت إلى أبي بكر»، فقال الأعرابي: لا أوثر بنصيبي منك أحدًا، فتله رسول الله ﷺ في يده[4]. ولأن ذلك مذهب العرب وسنتها فإذا أكده الشرع كان أدخل في الندب وأولى بالاستحباب.

فصل

ولا يجوز الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة، ولا اتخاذها للاستعمال في غير ذلك[5]، وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ: «الذي يشرب في آنية الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»[6].

وكذلك الأكل أيضًا ممنوع لأن المعنى فيه وفي الشرب واحد وهو الخيلاء والتجبر،

---

(١) أخرجه البخاري في الأشربة (١٠/٨٣) ح (٥٦١٥)، ومسلم في الأشربة (٣/١٦٠١) ح (٢٠٢٧/١١٧).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في صفة النبي ﷺ (٢/٩٢٥ ـ ٩٢٦) ح (١٣ ـ ١٤ ـ ١٥ ـ ١٦).

(٣) أخرجه البخاري في الأطعمة (٩/٤٥١) ح (٥٣٩٨)، وأبو داود في الأطعمة (٣/٣٤٧) ح (٣٧٦٩)، والترمذي في الأطعمة (٤/٢٧٣)ح (١٨٣٠) وابن ماجه في الأطعمة (٢/١٠٨٦) ح (٣٢٦٢) وأحمد في المسند (٤/٣٧٨) ح (١٨٧٨١).

(٤) أخرجه البخاري في الأشربة (١٠/٨٨)ح (٥٦١٩)، ومسلم في الأشربة (٣/١٦٠٣) ح (٢٠٢٩/١٢٤).

(٥) ذكره الشيخ الأبي. انظر الثمر الداني (ص ٦٩٣)، انظر حاشية العدوي (٢/٤٢٩، ٤٣٠).

(٦) أخرجه البخاري في الأشربة (١٠/٩٨) ح (٥٦٣٤)، ومسلم في اللباس (٣/١٦٣٤) ح (١/٢٠٦٥).

ولأنه من ضروب ملوك الأعاجم والأكاسرة، ويجوز استعمال المضبب[1] إذا كان يسيراً.

فصل

وينبغي لمن أراد النوم أن يوكئ سقاءه ويكفي إناءه ويغلق بابه ويطفئ سراجه لورود الخبر بنص ذلك، ولأنه لا يأمن أن يتعدى من تركه ضرراً إذا لم يكن للسراج من يراعيه أو أن يعبث بالإناء شيء من الهوام، وأما إغلاق الباب فاحترازاً من السارق، وقد قال ﷺ: «أوكوا السقاء وأكفؤا الإناء واطفؤوا المصباح فإن الفويسقة تضرم على الناس بيوتهم»[2]، وفي بعض الأمهات فصل زائد.

فصل

يجوز الشرب قائماً لأنه ﷺ فعل ذلك والسلف، وقال ابن عمر كنا نأكل ونحن نسعى ونشرب ونحن قيام على عهد رسول الله ﷺ[3].

فصل

كره مالك تعمد غسل اليد للأكل[4] لأنه من زي الأعاجم، ولم يرو عن السلف إلا أن يخاف أن يكون مس بيده شيئاً يكره أن يباشر به الطعام، ولأن ذلك إن كان مقصوداً

(١) ثبت في (أ) المنضب.

(٢) أخرجه البخاري في بدء الخلق (٦/ ٤٠٩) ح (٣٣١٦)، ومسلم في الأشربة (٣/ ١٥٩٤) ح (٩٦/ ٢٠١٢).

(٣) أخرجه ابن ماجه في الأطعمة (٢/ ١٠٩٨) ح (٣٣٠١)، الترمذي في الأشربة (٤/ ٣٠٠) ح (١٨٨٠) وقال: حديث صحيح غريب.

(٤) وقال ابن عبد البر: وغسل اليد قبله وبعده حسن وبركته فيه قال الفارسي سلمان: قرأت في التوراة البركة في الطعام الوضوء قبله فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «البركة في الطعام الوضوء قبله وبعده ومن بات وفي يده غمر الطعام وسهكه وأصابه لم فلا يلومن إلا نفسه». انظر الكافي لابن عبد البر (٢/ ١١٣٩ , ١١٤٠).

وقال أبو الحسن في شرح الرسالة: وقول مالك هو مشهور المذهب. انظر حاشية العدوي على شرح الرسالة (٢/ ٤٣٢).

قال الشيخ الأبي: قال الإمام مالك: وليس العمل على قوله عليه الصلاة والسلام: الغسل قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم. أي: ليس عمل أهل المدنية عليه أي: ومذهبه أنه يقدم على الحديث وإن كان صحيحاً وذلك لأن عملهم على خلاف حديث المصطفى لا يكون إلا لموجب وذلك لكون النبي ﷺ فعل خلاف مقتضاه الدال على نسخه. انظر الثمر الداني (ص ٦٩٤).

به المبالغة فى النظافة فيكره له الاقتداء بالأعاجم مع مضادتهم العرب واعتقادهم أنهم أبصر وأعرف بتدبير الأمور وسائر النظافة لأن التخلق بأخلاق العرب فى الجملة أولى، والتعلق بآدابهم وسننهم أحق إلا قدر ما ورد به الشرع بمنعه.

فصل

وينبغى لآكل الكراث والبصل والثوم اجتناب المسجد[1] لقوله ﷺ «من أكل من هذه البقلة الخبيثة فلا يقربن مصلانا»[2]، وقوله ﷺ «من أكل هذه الشجرة فلا يقربنَّ مسجدنا يؤذينا بريح الثوم»[3]، وروى أنه ﷺ كان يجتنب ذلك لأجل جبريل عليه السلام[4].

فصل

يستحب غسل اليد والفم من الدسم[5] لأمره ﷺ بذلك[6]، وروى أنه ﷺ شرب لبنًا فمضمض، وقال: إن له دسمًا»[7]، وإن لم يكن فى طعامه ذلك فليس عليه غسل يده، وقد روى أن منديل عمر رضى الله عنه كان بطن قدمه[8].

فصل

ولا بأس بالإجابة إلى وليمة العرس لقوله ﷺ: «من دعى إلى وليمة فليجب»[9] فلينبغى ألا يمتنع من دعى إليها من الحضور بخلاف دعوى الختان وغيرها، وإن أجاب

---

(١) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٣)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٣٠).

(٢) أخرجه أبو داود فى الأطعمة (٣/ ٣٦٠) ح (٣٨٢٤)، والطبرانى فى الأوسط (٥/ ٦٧) ح (٤٦٩٠)، وذكره الحافظ الهيثمي وقال: رجاله موثقون بالنسبة للرواية التى فى الأوسط. انظر مجمع الزوائد (٢/ ٢٠).

(٣) أخرجه البخارى فى الأذان (٢/ ٣٩٤) ح (٨٥٣) ، ومسلم فى المساجد (١/ ٣٩٣) ح (٥٦١/٦٨).

(٤) أخرجه البخارى فى الأذان (٢/ ٣٩٥) ح (٨٥٥) ومسلم فى المساجد (١/ ٣٩٤) ح (٧٣/ ٥٦٤).

(٥) انظر الثمر الدانى (ص ٦٩٥).

(٦) أخرجه الترمذى فى الأطعمة (٤/ ٢٨٩) ح (١٨٥٩). وقال: حديث حسن صحيح.

(٧) أخرجه البخارى فى الأشربة (١٠/ ٧٣) ح (٥٦٠٩)، ومسلم فى الحيض (١/ ٢٧٤) ح (٣٥٨/٩٥).

(٨) أصله عند البخارى من طريق جابر أخرجه البخارى فى الأطعمة (٩/ ٤٩٢) ح (٥٤٥٧).

(٩) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ١٤٨ ـ ١٤٩) ح (٥١٧٣)، ومسلم فى النكاح (٢/ ١٠٥٢ ـ ١٠٥٣) ح (١٤٢٩/٩٨).

إلى ذلك فلا بأس وإن امتنع فلا بأس، وإنما استحببنا حضور وليمة النكاح لأن فى ذلك معونة على إظهاره، والمبالغة فى إعلانه وذلـك مستحب فيه، وليس عليه أن يأكل وإنما عليه أن يحضر لقوله ﷺ: «من دعى إلى وليمة فليجب فإن كان مفطرًا فليأكل وإن كان صائمًا فليصلِّ»(١) أى: فليدع، وهذا إذا كانت الوليمة [خالية من اللعب والمنكر كالطبل والزمر، وإن كـان فيهـا شىء من ذلك فلا ينبغى حـضوره إلا أن يكون خفـيفًا لا ينكر نوعه فلا بأس به](٢).

فصل

يكره فى الجملة لأهل الفـضل التسرع إلى إجـابة الطعام والتسامح بذلك، لأن فـيه مذلة، ودناءة وإضاعة للـتصاون وأخلاق ذوى الهيئة عند دناءة النفس ونـسبة فاعله إلى الشره ودناءة النـفس وجرأته عليه وانبـساطه، وسـيما إن كـان حاكمًا أو ممن يـتعلق به حقوق الناس واعتقاد منَّه عليه(٣)، وقد قيل : ما وضع أحد يـده فى قصعة أحد إلا ذل له.

فصل

عيادة المسلم أخاه إذا مرض مستـحبة مندوب إليها لقوله ﷺ: «من حق المسلم على المسلم ثلاث: فذكـر ويعوده إذا مرض»(٤)، وقـوله ﷺ: «لا تقاطعـوا ولا تدابروا»(٥)، وروى: إذا عاد الرجل المريض خاض الرحمة(٦) فإذا قعد عنده قرت فيه» وشهادة جنازته آكد فى الاستحباب من عـيادته لقوله ﷺ «ويشهد جنازته إذا مات»(٧) ولأنه إلى الدعاء له بعد الموت أحوج منه إليه حال الحياة.

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ما بين المعكوفين سقط من (أ).
(٣) عليه: سقطت من (أ).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) أخرجه مالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٤٦).
(٧) تقدم تخريجه.

فصل

والغيبة حرم[1] لقوله عز وجل: ﴿ولا يغتب بعضكم بعضًا أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتًا فكرهتموه﴾ [الحجرات:١٢]، ولما روى من الآثار فى منعها والنهى عنها، ولأن فيها مؤدى إلى العداوة والبغضاء وإفساد المودات وتولد الأحقاد وذلك ضد المأمور به، ويجب فى الجملة لأهل الدين والعلم والفضل والورع حفظ ألسنتهم واستعمال الصمت والإقلال من الكلام إلا فيما لابد منه وما تدعو الحاجة إليه من دعاء أو قراءة أو درس أو تعليمه أو مصلحة حال الإنسان، فإن فى الإكثار منه السقط والخطل والتعريض للزلل ولمثل ذلك مدح العلماء الصمت، وقال مالك رحمه الله: من عد كلامه من عمله[2] قل كلامه، وروى أن عمر دخل على أبى بكر الصديق رضى الله عنهما وهو يجبذ بلسانه ويقول: هذا أوردنى الموارد.

فصل

لبس الحرير ممنوع للرجال مباح للنساء[3] لقوله ﷺ: «الحرير محرم على ذكور أمتى»[4]، وقوله: «إنما يلبس الحرير فى الدنيا من لا خلاق له»[5]، ويجوز للنساء لأن الزينة مباح لهن، ولأن ذلك ينفعهن عند الأزواج، وكذلك التختم بالذهب ممنوع للرجل[6] لنهيه ﷺ عنه للرجال[7]، ويجوز للنساء.

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٦١)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٣٨١).

(٢) ثبت فى (ب) من علمه.

(٣) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٣)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤١٢).

(٤) أخرجه أبو داود فى اللباس (٤/ ٤٩) ح (٤٠٥٧)، وابن ماجه فى اللباس (٢/ ١١٨٩) ح (٣٥٩٥)، والنسائى فى الزينة (٨/ ١٣٨) (باب: تحريم الذهب على الرجال)، والترمذى فى اللباس (٤/ ٢١٧) ح (١٧٢٠) وقال: حسن صحيح.

(٥) أخرجه البخارى فى الجمعة (٢/ ٤٣٤) ح (٨٨٦)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٣٩) ح (٨/ ٢٠٦٨).

(٦) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٤)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤١٢).

(٧) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٣٢٧) ح (٥٨٦٣)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٥٤) ح (٥١/ ٢٠٨٩).

فصل

ويجوز لبس الخز لأنه ليس من الحرير وقد لبسه السلف، وكرهه مالك[١] لأجل السرف وإن دعت ضرورة إلى لبس الحرير جاز، وقد رخص فى اليسير منه كالعلم فى الثوب وشبهه.

فصل

ولا يجوز التماثيل فى بناء أو لباس أو فراش إلا أن يكون رقمًا فى ثوب، والأصل فيه نهيه ﷺ عنه وتشديده وقوله «إن الملائكة لا تدخل بيتًا فيه كلب ولا صورة»[٢] وقوله: «أشد الناس عذابًا يوم القيامة المصورون»[٣]، وقوله «إن أصحاب هذه الصور يقال لهم يوم القيامة أحيوا ما خلقتم»[٤]، وقوله لعائشة رضى الله عنها «لم تزل الملائكة تدفعنى فى القرام الذى نصبته»[٥].

فصل

والاختيار التختم فى اليسار لأن ذلك هو المروى عن النبى ﷺ[٦] والسلف الأكثر منهم، ولأن خلافه قد صار كالشعار للمبتدعة، علل بعض أصحابنا بأن المتناول باليمين ليوضع الشمال.

---

(١) قال الشيخ الأبى: صحح من القبس الجواز واستظهر ابن رشد الكراهة وقال القرافى: ظاهر المذهب الحرمة لقوله ﷺ فى حلة عطارد وكان يخالطها الحرير: «إنما يلبس هذه من لا خلاق له فى الآخرة». انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٥). وقال الشيخ العدوى: قول ابن رشد هو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب فهو الراجح. انظر حاشية العدوى (٢/ ٤١٥).

(٢) أخرجه البخارى فى البيوع (٦/ ٣٥٩) ح (٣٢٢٥)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٦٥) ح (٨٣/ ٢١٠٦).

(٣) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٣٩٦) ح (٥٩٥٠) ، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٧٠) ح (٩٨/ ٢١٠٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخارى فى الصلاة (١/ ٥٧٧) ح (٣٧٤) بلفظ: «أميطى عنا قرامك هذا، فإنه لا تزال تصاويره تعرض فى صلاتى» وأحمد فى المسند (٣/ ١٨٦) ح (٣٩ ١٢٥) بنحوه.

(٦) أخرجه مسلم فى اللباس (٣/ ١٦٥٩) ح (٦٣/ ٢٠٩٥)، وأبو داود فى الخاتم (٤/ ٨٩) ح (٤٢٢٩)، والترمذى فى اللباس (٤/ ٢٤٩) ح (١٧٨٦)،وأحمد فى المسند (١/ ٩٨) ح (٥٨٨).

فصل

يكره أن يلبس النساء من الرقيق ما يبين منه أبدانهن[١] لأن ذلك من التبرج وإبداء الزينة المنهى عنها، وفى ذلك قال النبى ﷺ «كاسيات فى الدنيا عاريات يوم القيامة لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها»[٢]، وروى أن حفصه بنت عبد الرحمن دخلت على عائشة وعليها خمار رقيق فشقته عائشة رضى الله عنها وكستها خماراً كثيفًا[٣].

فصل

ولا يجوز لأحد أن يجر ثوبه بطراً ولا خيلاء[٤] لقوله ﷺ «لا ينظر الله يوم القيامة إلى من يجر إزاره بطراً» وروى «خيلاء»[٥] ويستحب تقصير الثياب إرادة التواضع ولينفى عن الرجل الخيلاء فى المشية واللبسة المتوعد عليها، وفى الحديث: «بينما رجل ممن كان قبلكم يتبختر فى حلة فأمر الله عز وجل الأرض أن تبلعه فهو يتجلجل فيها إلى يوم القيامة»[٦]، وقال ﷺ «إزرة المؤمن إلى أنصاف ساقيه لا جناح عليه فيما بينه وبين الكعبين فما زاد ففى النار»[٧]، وهذا للرجال فأما النساء فلهن الزيادة على ذلك نحو الشبر وما زاد عليه إلى الذراع لما روى أن أم سلمة قالت فكيف بالنساء يا رسول الله ﷺ، قال: «يرخين شبراً» قالت: إذاً تبدوا أسواقهن وأقدامهن قال: «فذراع ولا يزدن عليه»[٨].

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٥)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤١٦).

(٢) أخرجه مسلم فى اللباس (٣/ ١٦٨٠) ح (١٢٥/٢١٢٨)، ومالك فى الموطأ فى اللباس (٢/ ٩١٣) ح (٧)، وأحمد فى المسند (٢/ ٤٧٢) ح (٨٦٨٦).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى اللباس (٢/ ٩١٣) ح (٦).

(٤) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٥).

(٥) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٢٦٩) ح (٥٧٩١)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٥١) ح (٤٢/ ٢٠٨٥).

(٦) أصله عند البخارى ومسلم، أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٢٦٩) ح (٥٧٨٩)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٥٤) ح (٥٠/ ٢٠٨٨).

(٧) أخرجه أبو داود فى اللباس (٤/ ٥٨) ح (٤٠٩٣)، وابن ماجه فى اللباس (٢/ ١١٨٣) ح (٣٥٧٣)، ومالك فى الموطأ فى اللباس (٢/ ٩١٤ ـ ٩١٥) ح (١٢).

(٨) أخرجه أبو داود فى اللباس (٤/ ٦٤) ح (٤١١٧)، والنسائى فى الزينة (٨/ ١٨٤) (باب: ذيول النساء)، ومالك فى الموطأ فى اللباس (٢/ ٩١٥) ح (١٣).

فصل

اشتمال الصماء على غير ثوب منهى عنه[١]، وعلى ثوب مختلف أصحابنا فيه[٢]، والاحتباء على غير ثوب منهى عنه أيضًا، والأصل فيه ما روى أنه ﷺ نهى عن لبستين اشتمال الصماء وأن يحتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء[٣]، ووجه الجواز إذا كان على الثوب أن المنع من ذلك خيفة انكشاف العورة فإذا أمن هذا جاز، ووجه المنع عموم النهى لأن المنع من ذلك لصفة اللبسة وذلك موجود وإن كانت من وراء ثوب.

فصل

جملة أقسام اللباس خمسة متعلقها[٤]: واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومباح وهذه الأحكام تثبت على وجهين: أحدهما على وجه العموم[٥]، والأخرى على وجه الخصوص ثم متعلقها وجهان[٦]، وثبوت هذه الأحكام لها ضربان: راجع إلى حق الله عز وجل وراجع إلى حق الإنسان ونحن نبين جملة ذلك.

أما الواجب فما يستر العورة عن أعين الناس[٧] وهذا القسم عام غير خاص وهو الراجع إلى حق الله تعالى، وأما الراجع منه إلى حق الإنسان فما يقى من الحر والبرد ويستدفع به الضرر فى الحروب وما أشبه ذلك، ولسنا نريد بأنه يرجع إلى حق المخلوق أنه يجوز له تركه لأنه لو كان كذلك[٨] لم نصفه بأنه واجب وإنما نريد أنه يجب لأجل المخلوق لا لعبادة هو شرط فى صحتها وهذا أيضًا عام غير خاص.

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٦)، انظر حاشية العدوى (٢/٤١٨).

(٢) قال الشيخ الأبى: اختلف فيه على قولين لمالك بالمنع اتباعًا لظاهر الحديث والإباحة لانتفاء العلة المذكورة وهى كشف العورة. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٦)، انظر حاشية العدوى (٢/٤١٨).

(٣) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٢٩٠) ح (٥٨٢١)، ومسلم فى البيوع (٣/١١٥٢) ح (٢/١٥١١).

(٤) متعلقها: سقطت من (ب).

(٥) ثبت فى (ب) على وجه المنع.

(٦) ثبت فى (ب) وجهات.

(٧) ثبت فى (ب) المخلوقين.

(٨) ثبت فى (أ) له ذلك.

فأما المندوب: على التقسيم الذى ذكرناه فما هو لحق الله كالرداء فى الجماعة وأن لا يعرى منكبيه من شىء والثياب الجميلة فى الأعياد وما فى معنى ذلك، والراجع إلى حقوق المخلوقين ما يتجملون به بينهم وما لا يزدرى بصاحبه ولا ينقص من مروءته وهذا من حقوق الآدميين وهو عام فى الندب.

فأما المحظور: فعلى ضربين عام وخاص، فالعام منه ضربان: راجع إلى نوع الملبوس وراجع إلى صفة اللبس، والأول منه: السرف الزائد على القدر المأذون فيه المخرج صاحبه إلى الخيلاء والبطر، والثانى منه: اشتمال الصماء والحبوة على غير ثوب وهذا عام فى كل لابس وخصوصه فى الصفة مختلف فيه: أعنى إذا اشتمل الصماء من فوق ثوب وهذا يستر العورة، صفة اشتمال الصماء أن يلتحف بالثوب ويرفعه على أحد جانبيه فلا يكون ليده موضع يخرج منه ولذلك سمى الصماء، والاحتباء مذهب العرب وصفته: أن يجلس ويضع ركبتيه [ويدير ثوبه من وراء ظهره إلى أن يبلغ به ركبته][1] ويشده حتى يكون كالمعتمد عليه والمستند إليه، وهذا إذا كان تحته الثوب يستر العورة فهو داخل فى قسم المباح، وإن كان على غير ثوب فهو محظور لأدائه إلى كشف العورة ومنه التلثم وتغطية الأنف فى الصلاة وقد ذكرناه، وأما الخاص فالحرير وتحريمه للذكور دون الإناث وليس من هذا الباب الثوب النجس[2] لأن ذلك لا يرجع إلى اللبس، وإنما يرجع إلى حمل النجاسة بدليل منعه لبس الثوب الذى فيه نجاسة على حد منعه أن يستعملها فى بدنه وليس ذلك بلبس، ومنه التختم بالذهب إن عد لباسًا ومنه لبس المخيط فى الإحرام، وكل هذا القسم يرجع إلى حق الله ولعل فيه ما يرجع إلى حق الآدميين والظاهر الأول.

وأما المكروه: فنقيض المندوب إليه فيغنينا عن التفصيل، ومنه فى الجملة ما خالف زى العرب وأشبه زى الأعاجم وعاداتهم كالتعمم بغير تحنيك، وقد روى «تلك عمامة الشيطان»[3]، وترك التردى وما أشبه ذلك لأن سنة العرب ومذاهبها هى سنة النبى ﷺ ومذهبه إلا قدر ما نهى عنه.

وأما المباح: فما يرجع إلى نوع الملبوس كالقطن والكتان والصوف، وإلى صفته

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (أ).

(٢) ثبت فى (ب) الذى فيه نجاسة.

(٣) لم أجده.

كالقميص والمناديل والعمائم وثياب النساء ومنه راجع إلى صفة اللبس كالرداء والاحتباء والسدل وهو أن يطرح رداءه على منكبيه ويبقى وسطه على رأسه أو ظهره، وقد يكون عامًا وقد يكون خاصًا على ما بيناه وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه على ما أغفلناه.

فصل

دخول الحمام جائز للرجال إذا كان بمئازر ولا يجوز للنساء إلا من علة إما من مرض لا يصلحه إلا الحمام أو الحاجة إلى الاغتسال لحيض أو نفاس لشدة البرد وتعذر إسخان الماء في غيره وما أشبه ذلك[1]، وإنما فرقنا بين الرجل والمرأة في ذلك لقوله ﷺ «الحمام بيت لا يستتر فيه لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يدخله إلا بمئزر، ولا امرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تدخله إلا من علة»[2]، وروى أن نسوة من أهل حمص دخلن على عائشة رضى الله عنها فقالت: لعلكن من النساء اللاتى يدخلن الحمامات قلن: إنا لنفعل ذلك فقالت أما إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيما امرأة نزعت ثيابها فى غير بيت زوجها فقد هتكت ما بينها وما بين الله عز وجل»[3]، وقال بعض متأخرى أصحابنا إن هذا النهى إنما كان فى الوقت الذى لم يكن للنساء مفردًا، فأما اليوم فقد زال ذلك فيجب أن يجوز.

فصل

ووصل الشعر والوشم ممنوع منه لقوله ﷺ: «لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة»[4] والمعنى فى ذلك أن فيه غرورًا وتدليسًا.

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٧). انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٠).

(٢) أخرجه الترمذى فى الأدب (٥/ ١١٣) ح (٢٨٠١)، وقال : حديث حسن غريب. وليس فيه (من علة).

(٣) أخرجه أبو داود فى الحمام (٣٨/٤) ح (٤٠١٠)، وابن ماجه فى الأدب (٢/ ١٢٣٤) ح (٣٧٥٠)، والترمذى فى الأدب (٥/ ١١٤) ح (٢٨٠٣) وقال: حديث حسن.

(٤) أخرجه البخارى فى اللباس (١٠/ ٣٩١) ح (٥٩٤٠)، ومسلم فى اللباس (٣/ ١٦٧٧) ح (٢١٢٤/١١٩).

فصل

والخضاب[١] جائز وتركه واسع إلا بالسواد فإنه يكره ، وإنما قلنا : إنه جائز لأن رسول الله ﷺ كان يخضب بالحناء والكتم[٢]، وروى عن أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم[٣]، وقال مالك[٤] كان رسول الله ﷺ لا يخضب[٥] قال يدل على ذلك أن عائشة رضى الله عنها سئلت وقالت: كان أبو بكر يخضب[٦] فلو كان رسول الله يخضب لذكرته، لأنه لا يجوز أن يخفى ذلك عليها وإنما كره السواد لأن ذلك تدليسًا على النساء وإيهامًا أنه خلقة وأنه باق على الشباب فتدخل المرأة على ذلك ولو عرفت أنه خضاب لم تدخل عليه.

فصل

ولا يخلو رجل بامرأة ليست منه بمحرم للنهى عن ذلك[٧] وقوله ﷺ «إن الشيطان ثالثهما»[٨] وفائدته أن الشيطان يدعوه إلى المعصية مع الخلوة، وإذا كان معها غيره راقبه وخاف أن يطلع عليه أو لا يحدث نفسه بذلك فيكون على أصل[٩] خشية الله من مواقعة المعصية لا رهبة من الخلق.

---

(١) قال الفيروزآبادى: خَضَبَه يَخضبه: لوَّنَه كخضبه والخضاب ما يختضب به. انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى (١/ ٦٢).

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٤/ ٢٠٢) ح (١٧٥٠٩)، وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى البزار وفيه يحيى بن أبى كثير أبو النضر وهو ضعيف جدًا ولم يسمع من أبى الطفيل. انظر مجمع الزوائد (٥/ ١٦٣).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ فى الشعر (٢/ ٩٤٩-٩٥٠) ح (٨).

(٤) ثبت فى (أ) وقالوا.

(٥) انظر الموطأ (٢/ ٩٥٠).

(٦) انظر الموطأ (٢/ ٩٥٠).

(٧) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٤)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٢).

(٨) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ (لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذى محرم)، أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ٢٤٢) ح (٥٢٣٣) ومسلم فى الحج (٢/ ٩٧٨) ح (٤٢٤/ ١٣٤١)، والترمذى فى الرضاع (٣/ ٤٦٥) ح (١١٧١) واللفظ له، وأحمد فى المسند (٣/ ٤١٦) ح (١٤٦٦٣) بنحوه.

(٩) ثبت فى (ب) أفضل.

فصل

ولا يجتمع رجلان ولا امرأتان متعريين فى لحاف أو إزار واحد[١] للنهى عن ذلك[٢]، ولأن كل واحد يرى عورة صاحبه.

فصل

يجوز النظر إلى المتجالة ويكره إلى الشابة إلا لعذر من شهادة أو علاج أو غير ذلك[٣]، لأن الشابة لا تؤمن الفتنة بها والتلذذ بالنظر إليها والمتجالة قد زال منها هذا المعنى، وقد قال الله تعالى: ﴿**والقواعد من النساء اللاتى لا يرجون نكاحًا فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة**﴾ [النور: ٦٠] الآية، ويجوز النظر إلى الشابة عند الخطبة لإباحته ﷺ ذلك وقوله : «فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[٤]، ولا يجوز أن يطلع[٥] منها على محرم لأن ذلك لا يجوز إلا بالعقد المبيح له.

فصل

ويجوز أن تأكل المرأة مع الوغد[٦] من عبيدها الذى يؤمن منه التلذذ بها وأن يرى شعرها، ولا يجوز ذلك مع الشاب الذى ربما حدثته نفسه بمحرم منها أو المرغوب فيه لنظافته.

فصل

لا يجوز تعمد حضور اللهو واللعب ولا شيء من الملاهى المطربة كالطبل والزمر وما

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٨)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٠).

(٢) أخرجه مسلم فى الحيض (١/ ٢٦٦) ح (٧٤/ ٣٣٨)، والترمذى فى الأدب (٥/ ١٠٩) ح (٢٧٩٣) وقال: حديث حسن غريب جميع وأحمد فى المسند (٣/ ٧٨) ح (١١٦٠٧).

(٣) ذكره الشيخ الأبى، انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٣).

(٤) أخرجه ابن ماجه فى النكاح (١/ ٥٩٩) ح (١٨٦٥) فى الزوائد: إسناده صحيح ورجاله ثقات، والنسائى فى النكاح (٦/ ٥٧) باب (إباحة النظر قبل التزويج)، والترمذى فى النكاح (٣/ ٣٨٨) ح (١٠٨٧).

(٥) ثبت فى (أ) أن ينضم.

(٦) ذكره ابن عبد البر وقال: وترك ذلك أقرب إلى السلامة. انظر الكافى لابن عبد البر (٢/ ١١٣٦).

فى معناه، وقد رخص من ذلك فيما يستعمل فى النكاح من الدف والكبر[1]، والأصل فى منعه قوله تعالى: ﴿وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه﴾ [القصص:٥٥] ولأن ذلك من المنكر المنهى عنه المتوعد عليه لأن فيه ما يدعو إلى المعاصى والآثام ويحسن شرب الخمر وذلك ممنوع، وربما أدى إلى هتك المروءة وزوال التصاون.

فصل

ولا يجوز قراءة القرآن بالألحان المطربة والمشبهة بالأغانى إعظامًا له وتنزيهًا عن الأغانى والمناكير[2]، ولأن ثمرة قراءته الخشية لله وتجديد التوبة عند سماع مواعظه والاعتبار ببراهينه وقصصه وأمثاله والشوق إلى موعوده وذلك ينافى تلحينه واعتقاد الإطراب بطيب سماعه، وينبغى تقسيم قراءته إلى تفخيم وإعظام فيما يليق بذلك منه وإلى تحرير وترقيق على حساب المواعظ المقرؤة منه والحال المقروءة فيها، وقد نبه الله تعالى على ما ذكره من تقسيم القراءة وصفتها بقوله تعالى: ﴿إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم وإذا تليت عليهم آياته زادتهم إيمانًا وعلى ربهم يتوكلون﴾ [الأنفال:٢] وقوله تعالى: ﴿أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها﴾ [محمد:٢٩]، وقوله تعالى: ﴿ليدبروا آياته﴾ [ص:٢٩]، وقوله تعالى: ﴿إذا سمعوا ما أنزل إلى الرسول ترى أعينهم تفيض من الدمع﴾ [المائدة:٨٣] ولأن الألحان إذا كرهت فى الشعر كانت فى القرآن أولى.

فصل

لا يسافر بالقرآن إلى أرض العدو ومخافة أن ينالوه[3] ، وللنهى الوارد فى ذلك[4] استخفافًا بحرمته وضد ما أمر به من تعظيمه وإكرامه ، ويجوز أن يكتب إليهم بالآية والآيتين إذا كان الغرض بذلك الدعاء إلى الإسلام لما روى أنه ﷺ كتب إليهم : بسم الله الرحمن الرحيم ﴿قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم﴾[5] [آل عمران:٦٤].

---

(١) قال الشيخ الأبى: وقد اختلف فى الكبر: وهو طبل صغير بجلد من ناحية واحدة فأجازه ابن القاسم ومنعه غيره، انظر الثمر الدانى (ص ٦٨٨)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٢٢).

(٢) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٦٧٧)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٠٠).

(٣) ذكره الإمام فى الموطأ. انظر الموطأ (٢/ ٤٤٦).

(٤) أخرجه البخارى: الجهاد (٦/ ١٥٥) ح (٢٩٩٠) ومسلم: الإمارة (٣/ ١٤٩٠) ح (٩٢/ ١٨٦٩).

(٥) أخرجه البخارى : التفسير (٨/ ٦٢-٦٣) ح (٤٥٥٣)، ومسلم : الجهاد (٣/ ١٣٩٣) ح (٧٤/ ١٧٧٣).

فصل

التعوذ بالقرآن وبأسماء الله تعالى جائز[١] لقوله تعالى: ﴿**فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم**﴾ [النحل:٩٨] وقوله تعالى: ﴿**قل أعوذ برب الفلق**﴾ [الفلق:١] و ﴿**قل أعوذ برب الناس**﴾ [الناس:١] وإخباره تعالى عن أنبيائه وصالحي عباده أنهم تعوذوا به، وروى أنه ﷺ كان إذا اشتكى قرأ على نفسه بالمعوذات وينفث[٢]، وكان من تعوذه «أعوذ بوجه الله الكريم وبكلمات الله التامات من شر ما خلق وما ذرأ وما برأ ومن شر كل دابة ربى آخذ بناصيتها وإن ربى على صراط مستقيم»[٣]، ومنه ما علمه عثمان بن أبى العاص، «أعوذ بعزة الله وقدرته من شر ما أجده»[٤]، وفيه أخبار كثيرة.

فصل

والرقية[٥] جائزة بالقرآن وبأسماء الله تعالى[٦] لقوله جل ذكره: ﴿**وننزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة للمؤمنين**﴾ [الإسراء:٨٢] وقوله تعالى: ﴿**وهذا كتاب أنزلناه مبارك**﴾ [الأنعام:٩٢] وقوله ﷺ «استرقوا لهما فإنه لو سبق القدر شىء لسبقت العين»[٧].

---

(١) انظر الموطأ (٢/ ٩٤٢)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥٠, ٤٥٢).

(٢) أخرجه البخارى فى فضائل القرآن (٨/ ٦٧٩) ح (٥٠١٦)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٢٣) ح (٢١٩٢/ ٥١).

(٣) ذكره الحافظ الهيثمى وقال: فيه من لم أعرفه. انظر مجمع الزوائد (١٠/ ١٣١) وليس فى الطبرانى فى الصغير كما عزاه الحافظ الهيثمى.

(٤) أخرجه أبو داود فى الطب (٤/ ١١) ح (٣٨٩١)، والترمذى فى الطب (٤/ ٤٠٨) ح (٢٠٨٠) وقال: حسن صحيح، ومالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٤٢) ح (٩).

(٥) قال الفيروزآبادى: الرقية بالضم: العوذة، والجمع: رُقًى، ورقاه رُقْيًا: نفث فى عوذته. انظر القاموس المحيط (٤/ ٣٣٦).

(٦) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٠)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥١).

(٧) أخرجه الترمذى فى الطب (٤/ ٣٩٥) ح (٢٠٥٩) وقال: حديث حسن صحيح وابن ماجه فى الطب (٢/ ١١٦٠) ح (٣٥١٠)، ومالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٣٩) ح (٣) وقال مالك: معضل ورواه ابن وهب فى جامعه عن مالك، عن حميد بن قيس، عن عكرمة بن خالد به مرسلاً.

فصل

من عيَّن إنسانًا توضأ له العائن، وصفة ذلك: أن يغسل وجهه ويديه ومرفقيه وركبتيه وأطراف رجليه وداخل إزاره فى إناء ثم يصبه على المريض[١] لورود الخبر بذلك فى حديث عامر بن ربيعة لما مر بسهل بن حنيف فعيَّن سهلاً، فأمره النبى ﷺ أن يتوضأ له على هذه الصفة بعد أن تغيظ، وقال: «علام يقتل أحدكم أخاه»[٢].

فصل

والرقية جائزة من العقرب لأنه مما يؤذى شر الإيذاء[٣] وروى أنه ﷺ أرخص فى الرقية من كل ذى حمى[٤]، ويجوز رقية الذمى إذا كانت بكتاب الله، لما روى أنه ﷺ دخل على عائشة وعندها يهودية ترقيها فقال: «بكتاب الله فارقى»[٥].

فصل

والكى من اللقوة وسائر ما يحتاج إليه ويصلح به لأنه على علاج العرب، وقد اكتوى جماعة من الصحابة[٦]، والتعالج والتداوى للمريض جائز: بالحجامة والكى وشرب الدواء وقطع العرق وكل ما فيه رجاء لصلاح البدن وزوال المرض إلا أن يكون شرب خمر أو استعمال نجس أو أمر ممنوع[٧]، والأصل فيه أن النبى ﷺ تداوى واحتجم وشاور الطبيب، وقال لطبيبين: أيكما أطب» قالوا يا رسول الله: هل فى الطب من خير؟

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٠)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥١).

(٢) أخرجه البخارى فى الطب (١٠/ ٢١٣) ح (٥٧٤٠)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧١٩) ح (٤١/ ٢١٨٧).

(٣) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٠)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥١).

(٤) أخرجه البخارى فى الطب (١٠/ ٢١٦) ح (٥٧٤١)، ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٢٤) ح (٥٢/ ٢١٩٣).

(٥) الثابت أن أبا بكر هو الذى دخل على عائشة. أخرجه مالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٤٣) ح (١١).

(٦) أخرجه ابن ماجه فى الطب (٢/ ١١٥٥) ح (٣٤٩٢) ومالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٤٤) ح (١٣).

(٧) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١١، ٧١٢)، انظر حاشيه العدوى (٢/ ٤٥٢، ٤٥٣).

قال: «إن الذى أنزل الداء أنزل الدواء»[1]، وقيل لعائشة رضى الله عنها من أين لك العلم بالطب؟ فقالت: إن العلل كانت تعتاد رسول الله ﷺ كثيراً وكان يشاور الطبيب وكنت أسمع ما يقول له[2]، فأما شرب الخمر وغيرها من النجاسات للتداوى فغير جائز لعموم قوله تعالى: ﴿والرجز فاهجر﴾ [المدثر:٥]، وقوله ﷺ : «ما جعل الله شفاء أمتى فيما حرم عليها»[3].

فصل

لا يجوز اللعب بالنرد ولا بالشطرنج[4] لأنها تلهى عن العبادات وتشغل عن ذكر الله، وتؤدى محبتها[5] والإدمان عليها إلى القسام والحلف كاذبًا وترك الصلوات وذلك فسوق، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله»[6]، فأما إن كان شيئًا خفيفًا يستعمل معه بعض ما ذكرناه جاز لأنه خفيف.

فصل

من رأى من الحيات شيئًا فى منزله فليؤذنه ثلاثة أيام فإن بدى له بعد ذلك فليقتله، وأما فى الصحارى وما عدا البيوت فليقتله من غير إيذان[7]، والأصل فيه قوله ﷺ «من ترآى له شىء من الحيات فى البيوت فليؤذنه ثلاثًا فإن بدا له بعد ذلك فليقتله»[8]، وروى سالم عن ابن عمر قال بينما أنا يومًا أطارد حية من دواب البيوت أبصر ذلك زيد

---

(١) أصله فى الصحيحين. أخرجه البخارى فى الطب (١٠/ ١٤١) ح (٥٦٧٨) ومسلم فى السلام (٤/ ١٧٢٩) ح (٦٩/ ٢٢٠٤)، ومالك فى الموطأ فى العين (٢/ ٩٤٤) ح (١٢) مرسل وشواهده فى الصحيحين وغيرهما كما ذكرنا.

(٢) لم أجده.

(٣) ذكره الحافظ الهيشمى وعزاه إلى أبى يعلى والبزار ورجال أبى يعلى رجال الصحيح خلا حسان ابن مخارق وقد وثقه ابن حبان. انظر مجمع الزوائد (٥/ ٨٩).

(٤) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٦)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٦١).

(٥) ثبت فى (أ) صحبتها.

(٦) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/ ٢٨٦) ح (٤٩٣٨)، وابن ماجه فى الأدب (٢/ ١٢٣٧ ـ ١٢٣٨) ح (٣٧٦٢)، ومالك فى الموطأ فى الرؤيا (٢/ ٩٥٨) ح (٦)، والحاكم فى المستدرك (١/ ٥٠) صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وأقره الذهبى.

(٧) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٨)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٦٣).

(٨) أخرجه مسلم فى السلام (٤/ ١٧٥٦) ح (١٣٩/ ٢٢٣٦).

ابن الخطاب وأبو لبابة فقالا: مه يا عبد الله: فقلت إن رسول الله ﷺ يقتلها فقالا: قد نهى عن ذوات البيوت[(١)]، وفى حديث أبى سعيد قال: كان فتى منا حديث عهد بعرس دخل منزله فوجد حية منطوية[(٢)] على فراشه فركز فيها رمحه فانتظمها فاضطربت الحية فى رأس الرمح وخر الفتى صريعًا فما يدرى أيهما كان أسرع موتًا الفتى أم الحية فقال رسول الله ﷺ: «استغفروا لصاحبكم»، ثم قال «إن بالمدينة جنًا قد أسلموا فإذا رأيتم ذلك فأذنوه ثلاثة أيام فإن بدى لكم بعد ذلك فاقتلوه فإنما هو شيطان»[(٣)]، فأما فى الصحارى والأودية فلا بأس بقتلها لعموم قوله ﷺ «خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم فذكر: الحية والعقرب»[(٤)]، وقال ﷺ: «ما سلمناهن منذ حاربهن فمن تركهن مخافة شر فليس منا»[(٥)]، وروى أنه ﷺ رخص فى قتل الحية والعقرب فى الصلاة[(٦)].

فصل

يجوز قتل الوزغ[(٧)] لما نهى عنه، وأنه ﷺ أمر به وسماه فويسقاء[(٨)]، ويكره قتل النمل إلا من أذية شديدة لأنه نهى ﷺ عن قتلها[(٩)] فأما إذا آذته فله قتلها لأن له إزالة ما يؤذيه من الهوام بالقتل، ويكره ذلك بالنار فى النمل والقمل للتعذيب، وروى «لا يعذب بالنار إلا رب النار»[(١٠)]، ويكره قتل الضفادع للنهى عنه، ولأنه لا أذية فيه[(١١)].

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٩٧٥) ح (٣١).

(٢) ثبت فى (أ) مطوية.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ٨٥٦) ح (٦٧/ ١١٩٨)، والنسائى فى المناسك (٥/ ١٦٣) باب (ما يقتل فى الحرم من الدواب)، وابن ماجه فى المناسك (٢/ ١٠٣١) ح (٣٠٨٧)، ومالك فى الموطأ فى الحج (١/ ٣٥٧) ح (٩٠).

(٥) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/ ٣٦٥) ح (٥٢٤٨).

(٦) بلفظ «رخص فى قتل الأسودين فى الصلاة». أخرجه العقيلى فى الضعفاء (١/ ١٠٩).

(٧) قال الفيروزآبادى: الوَزَغَةُ محركة: سامٌّ أبْرَصَ سُمِيت بها لخفتها وسُرعة حركتها، انظر القاموس المحيط (٣/ ١١٥).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) أخرجه أبو داود فى الأدب (٤/ ٣٦٨) ح (٥٢٦٥)، وابن ماجه فى الصيد (٢/ ١٠٧٥) ح (٣٢٢٥).

(١٠) ذكره الحافظ الزيلعى وعزاه إلى البزار. انظر نصب الراية (٣/ ٤٠٨).

(١١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٦٤).

فصل

لا تسافر المرأة إلا مع ذى محرم[١] لنهيه ﷺ أن تسافر المرأة يومًا وليلة إلا مع ذى محرم[٢]، ولأنه لا يؤمن عليها الفاحشة ولهذا أسقط عنها التغريب فى حد الزنا، وهو فيما عدا سفر الغرض من الحج والخروج من أرض العدو وقد بيناه فيما تقدم.

فصل

يكره للمسافرين من اتخاذ الأجراس فى أعناق الجمل والركاب[٣] لما روى أن رفقة من مصر أقبلت وفيها جرس فأمر النبى ﷺ بقطعه وقال: «إن الملائكة لا تصحب رفقة فيها جرس»[٤]، وكذلك تقليد الأوتار منهى عنه لما لا يؤمن منهم أن يؤدين إلى جناية.

فصل

يكره كثرة العمل[٥] فى المساجد، والتشاغل فيها بالصنائع كالخياطة والخرازة وغيرها، ويستحب تنزيهها من تقليم الأظافر وسائر الأوساخ، والأصل فيه قوله تعالى: **﴿وأن المساجد لله فلا تدعو مع الله أحدًا﴾** [الجن:١٨] وهذه الإضافة تقتضى تعظيمها وإفرادها عما يكون للمخلوقين، وقال جل ذكره **﴿فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال رجال﴾** [النور:٣٦] فأخبر عما وضعت له، فوجب ألا يعمل فيها غيره، ولأنها إذا دخلها الأعمال والبيع والشراء كانت كالأسواق وزال تعظيمها ودخلها الغش والكذب ودخول اليهودى والنصرانى وابتذلت ودخلها الكلام والقر والسقط وقول الهجو، وما يذم الجلوس فى الأسواق لأجله وذلك يبطل الفرق بينها وبين الأسواق لقوله ﷺ: «خير البقاع المساجد وشرها الأسواق»[٦]، وأما تنزيهها

(١) ذكره الشيخ الآبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧٠٩)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥٠).

(٢) أخرجه البخارى فى التقصير (٢/ ٦٥٩) ح (١٠٨٨) ، ومسلم فى الحج (٢/ ٩٧٥) ح (٤١٤/ ١٣٣٨).

(٣) ذكره ابن عبد البر. انظر الكافى (٢/ ١١٤٢).

(٤) أخرجه مسلم فى اللباس (٣/ ١٦٧٢) ح (١٠٣/ ٢١١٣) ، وأبو داود فى الجهاد (٣/ ٢٥) ح (٢٥٥٥) ، والترمذى فى الجهاد (٤/ ٢٠٧) ح (١٧٠٣) ، وأحمد فى المسند (٢/ ٣٥٢) ح (٧٥٨٣).

(٥) ما أثبتناه من (ب) وهو أولى وفى باقى النسخ (قتل القمل).

(٦) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٢/ ٨) وذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى فى الكبير وقال:=

عن الأقذار والأوساخ فلقوله ﷺ «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم»[١] وعلة ذلك ما لا يؤمن أن تكون منهم من البول والأقذار، ولأنه إذا منع فيها من أعمال الصنائع والمعايش كان ما ذكرناه أولى.

فصل

يجوز خصاء الغنم بخلاف الخيل والإبل[٢] ، لما روى أنه ﷺ نهى عن خصاء الجمل[٣]، وروى أنه ضحى بكبشين أملحين موجئين[٤] ولم ينكر ذلك ولأن الغنم تراد للأكل فليس فى خصائها ما يمنع ذلك بل فيه صلاح للحومها وترطيب لها والخيل تراد للركوب والجهاد[٥] وذلك ينقص قوتها ويقل نسلها فلذلك كره.

فصل

وتكره السمة[٦] فى الوجوه ولا تكره فى غيره[٧]، لأنه ﷺ نهى عن السمة فى الوجه وأرخص فيها فى الأذن[٨] وروى أنه مر به ﷺ حمار قد كوى وجهه فعاب ذلك[٩]، ويجوز فى غيره لأن بالناس حاجة إلى علامات يعرفون بها بهائمهم فجاز فى الموضع الذى لا يعود بالضرر.

= فيه عطاء بن السائب وهو ثقة ولكنه اختلط فى آخر عمره وبقية رجاله موثقون. انظر مجمع الزوائد (٢/ ٩).

(١) أخرجه ابن ماجه فى المساجد (١/ ٢٤٧) ح (٧٥٠).

(٢) الإبل: سقطت من (ب).

(٣) أخرجه أحمد فى المسند (٢/ ٣٤) ح (٤٧٦٨)، وذكره الحافظ الهيثمى وقال: فيه عبد الله بن نافع وهو ضعيف. انظر مجمع الزوائد (٥/ ٢٦٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) والجهاد: سقطت من (أ).

(٦) قال الشيخ الأبى: الوسم: أى العلامة بالنار فى الوجه. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٤).

(٧) انظر الثمر الدانى (ص ٧١٤)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥٧).

(٨) أخرجه مسلم فى اللباس (٣/ ١٦٧٣) ح (١٠٦/ ٢١١٦)، وأبو داود فى الجهاد (٣/ ٢٧) ح (٢٥٦٤)، وأحمد فى المسند (٣/ ٣٩٦) ح (١٤٤٧٢).

(٩) تقدم تخريجه.

فصل

من رأى فى منامه بعض ما يكره تفل عن يساره ثلاثًا وتعوذ بالله من شر ما رآه[(١)]، لقوله ﷺ: «الرؤيا الصالحة من الله والحلم من الشيطان فإذا رأى أحدكم شيئًا يكرهه فلينفث عن يساره ثلاث مرات إذا استيقظ وليتعوذ بالله من شرها ، فإنها لن تضره إن شاء الله»[(٢)].

ويجب أن يفسرها من له علم بها لأنها أصلاً لا يؤمنن عليها إذا فسرها من لا يعلم أن يكذب أو يخمن لعموم قوله تعالى : ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾ [الإسراء: ٣٦].

فصل

السبق[(٣)] جائز بالخيل والإبل وبالسهام وبالرمى[(٤)] والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل﴾ [الأنفال: ٦٠]، وقال ﷺ: «ألا أن القوة الرمى»[(٥)]، [وقال ﷺ «لا سبق إلا فى نصل أو حافر»[(٦)]][(٧)] وروى أنه ﷺ سابق بين

---

(١) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٥)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٥٩).

(٢) أخرجه البخارى فى الطب (١٠/ ٢١٩) ح (٥٧٤٧)، ومسلم فى الرؤيا (٤/ ١٧٧١) ح (١/ ٢٢٦١).

(٣) قال الفيروزآبادى: السبق محركة: الخَطَرُ يُوضع بين أهل السباق. انظر القاموس المحيط (٣/ ٢٤٣).

وقال الشيخ أحمد الدردير: هى المال يوضع بين أهل السباق. انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢/ ٢٠٨).

(٤) ذكره الشيخ الأبى. انظر الثمر الدانى (ص ٧١٧)، انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٦٢)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢/ ٢٠٨).

(٥) أخرجه مسلم فى الإمارة (٣/ ١٥٢٢) ح (١٦٧/ ١٩١٧)، وأبو داود فى الجهاد (٣/ ١٣) ح (٢٥١٤) ، وابن ماجه فى الجهاد (٢/ ٩٤٠) ح (٢٨١٣) ، وأحمد فى المسند (٤/ ١٩٤) ح (١٧٤٤٢).

(٦) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/ ٢٩) ح (٢٥٧٤)، والترمذى فى الجهاد (٤/ ٢٠٥) ح (١٧٠٠) هذا حديث حسن، والنسائى فى الخيل (٦/ ١٨٨) باب (السبق)، وابن ماجه فى الجهاد (٢/ ٩٦٠) فى (٢٨٧٨)، وأحمد فى المسند (٢/ ٣٤٣) ح (٧٥٠١).

(٧) ما بين المعكوفين سقط من (ب).

الخيل التى أضمرت[(١)]، وسابق بناقته القصواء[(٢)].

فصل

السباق بالبغال والحمير لا يجوز، خلافًا لأحد وجهى أصحاب الشافعى[(٣)]، لأن الغرض بالسباق قتل العدو ولا يتأتى ذلك فى البغال والحمير لأنها لا تصلح للكر والفر وإنما تصلح له الخيل وحدها ألا ترى أنه لا يسهم لهما.

فصل

يجوز أن يخرج الرجل سبقًا فإن سبقه غيره أخذه وإن سبق هو كان الذى أخرجه لمن يليه، ولا يرجع السبق إلى مخرجه[(٤)]، وإن جعلا محللاً يأخذ السبق جاز إذا أمنا أن يسبقاه، والأصل فيه قوله ﷺ: «من أدخل فرسًا بين فرسين وقد أمن أن يسبقهما فهو قمار فإن لم يأمن فليس بقمار»[(٥)]، ولأنه إذا أمن أن يؤخذ سبقه ورجاء أن يؤخذ سبق غيره حصل المعنى المقصود منه فجاز، وإنما منعنا رجوع السبق إلى مخرجه اعتباراً بالولى لأنه لا يكون فى إخراج السبق فائدة، قال محمد بن عبد الحكم: هذا أحد قوليه وعلى الوجه الآخر يجوز وهو النظر.

---

(١) أخرجه البخارى فى الجهاد (٦/ ٨٣) ح (٢٨٦٨)، ومسلم فى الإمارة (٣/ ١٤٩١) ح (٩٥/ ١٨٧٠).

(٢) أخرجه البخارى فى الجهاد (٦/ ٨٦) ح (٢٨٧١)، ومسلم فى الجهاد (٣/ ١٤٣٢) ح (١٣١/ ١٨٠٦).

(٣) قال الشيخ الشيرازى: وهو أحد قولى الشافعى. انظر المهذب (١/ ٤١٣).

(٤) ذكره الشيخ العدوى. انظر حاشية العدوى (٢/ ٤٦٣)، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢/ ٢٠٩، ٢١٠).

(٥) أخرجه أبو داود فى الجهاد (٣/ ٣٠) ح (٢٥٧٩)، وابن ماجه فى الجهاد (٢/ ٩٦٠) ح (٢٨٧٦).

باب
فى فضل المدينة والصلاة بها وفضل مالك
ـ رحمه الله ـ وترجيح مذهبه

المدينة عند أصحابنا أفضل البقاع كلها، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى وغيرهما من تفضيل مكة عليها[(١)]، لما روت عمرة بنت عبد الرحمن عن رافع بن خديج أن النبى ﷺ قال: «المدينة خير من مكة»[(٢)] هذا نص، ولقوله: «إن إبراهيم عبدك وخليلك ونبيك وإنى عبدك ونبيك وإنه دعا لمكة، وأنا أدعو للمدينة بمثل ما دعاك به لمكة ومثله معه»[(٣)]، وهذا صريح فى أنها أفضل لأن تضعيف الدعاء لها إنما هو لفضلها على ما قصر عنها، وقوله ﷺ: «لا يصبر على لأوائها وشدتها أحد إلا كنت له شهيدًا أو شفيعًا يوم القيامة»[(٤)] وتخصيصه ذلك يدل على أنه لا زيادة على فضيلتها، وقوله: «لا يخرج أحد عن المدينة رغبة عنها إلا أبدلها الله خيرًا منه»[(٥)]، وقوله ـ فى الأعرابى الذى بايعه ثم قال: أقلنى بيعتى ـ: «المدينة كالكير ينفى خبثها وينصع طيبها»[(٦)]، وقوله ﷺ: «اللهم إنهم أخرجونى من أحب البقاع إلىَّ فأسكنى أحب البقاع إليك»[(٧)] وهذه ظواهر أقوى من النصوص وقوله: «أمرت بقرية تأكل القرى يقال لها يثرب وهى المدينة تنفى الناس

---

(١) قال الإمام النووى: هذا قول أهل مكة وأهل الكوفة وابن وهب وابن حبيب المالكيان وهو قول الشافعى، انظر شرح مسلم للنووى (٩/ ١٦٤).

(٢) ذكره الحافظ الهيثمى وعزاه إلى الطبرانى وفيه محمد بن عبد الرحمن بن داود وهو مجمع على ضعفه. انظر مجمع الزوائد (٣/ ٣٠١ ـ ٣٠٢).

(٣) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٠) ح (٤٧٣/ ١٣٧٣)، ومالك فى الموطأ فى الجامع (٢/ ٨٨٥) ح (٢).

(٤) أخرجه مسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٤) ح (٤٨١/ ١٣٧٧)، ومالك فى الموطأ فى الجامع (٢/ ٨٨٥ ـ ٨٨٦) ح (٣).

(٥) أخرجه مالك فى الجامع (٢/ ٨٨٧) ح (٦).

(٦) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (٤/ ١٠٤) ح (١٨٧١)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٦) ح (٤٨٨/ ١٣٨٢).

(٧) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٣/ ٣).

كما تنفى الكير خبث الحديد»[١]، وقوله ﷺ: «تأكل القرى»[٢] إلا رجوع فضلها عليها وزيادتها على غيرها، وقوله: «إن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها»[٣] وتخصيصه إياها بذلك يدل على فضلها على جميع البقاع التى لا يوجد هذا المعنى فيها لقوله ﷺ: «ما بين قبرى ومنبرى روضة من رياض الجنة»[٤]، وقد علم أنه خصص ذلك الموضع منها لفضله على بقيتها فكان بأن يدل على فضلها على ما سواها أولى، وقوله ﷺ «على أنقاب المدينة ملائكة لا يدخلها الطاعون ولا الدجال»[٥] وهذا بين عن فضلها على البقاع التى لم تحرس من ذلك، وقوله: «اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد»[٦]، ولا يجوز أن يسأل ربه أن يحبب إليه الأدنى على الأعلى، وما روى من إنكار عمر رضى الله عنه على عبد الله بن عياش المخزومى فى قوله: مكة خير من المدينة فقال: أنت القائل لمكة خير من المدينة فقال هى حرم الله وأمنه فقال عمر: لا أقول فى حرم الله ولا فى أمنه شيئًا[٧].

ولا أحد أنكر عليه هذا الإنكار، ولأن رسول الله ﷺ مخلوق منها وهو خير البشر فتربتها أفضل الترب، ولأن فضل الهجرة يوجب أن يكون المقام بها طاعة وقربة والمقام بغيرها ذنبًا ومعصية وذلك دال على فضلها على سائر البقاع.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (٤/ ١٠٤) ح (١٨٧١)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٦) ح (١٣٨٢/٤٨٨).

(٣) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (٤/ ١١١) ح (١٨٧٦)، ومسلم فى الإيمان (١/ ١٣١) ح (١٤٧/٢٣٣).

(٤) أصله عند البخارى ومسلم بلفظ: «ما بين بيتى ومنبرى روضة من رياض الجنة». أخرجه البخارى فى فضل الصلاة فى مسجد مكة والمدينة (٣/ ٨٤) ح (١١٩٥)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠١٠) ح (٥٠٠/ ١٣٩٠).

(٥) أخرجه البخارى فى فضائل المدينة (٤/ ١١٣) ح (١٨٧٩)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٥) ح (١٣٧٩/٤٨٥).

(٦) أخرجه البخارى فى مناقب الأنصار (٧/ ٣٠٨) ح (٣٩٢٦)، ومسلم فى الحج (٢/ ١٠٠٣) ح (١٣٧٦/٤٨٠).

(٧) أخرجه مالك فى الموطأ فى الجامع (٢/ ٨٩٤) ح (٢١).

فصل

الصلاة فى كل المساجد متساوية الفضيلة إلا فى المساجد الثلاثة المسجد الحرام ومسجد النبى ومسجد إيليا، والأصل فيه قوله ﷺ «لا تشد المطى إلا إلى ثلاثة فذكرها»(١) وقوله ﷺ «صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام»(٢).

فصل

فإذا ثبت هذا فالصلاة فى مسجده أفضل من الصلاة فى المسجد الحرام فى الجملة، فأما تحديد ما يفضل به عليه فلم يرد خبر ولا يوجبه نظر، وقد قيل إنه بدون الألف وأظن قد قيل غيره، وإنما قلنا ذلك فى الجملة لأنه إذا ثبت بما ذكرناه فضيلة المدينة على مكة كانت الصلاة فى مسجدها أفضل لا محالة ويكون استثناء المسجد الحرام من تفضيل الصلاة فى مسجد الرسول ﷺ على سائر المساجد وهو مقدار الفضيلة لا فى أصلها فكأنه قال ﷺ الصلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام فهو أفضل منه بدون ألف كفضل مكة على غيرها، فكانت لها بذلك مزية على سائر المساجد كما كان للمدينة مزية على مكة وذلك المقدار لا يعلم إلا بتوقيف فلذلك وقفنا فى تقديره.

فصل

إجماع أهل المدينة نقلاً حجة تحرم مخالفته ومن طريق الاجتهاد مختلف فى كونه حجة، والصحيح عندنا أنه يرجح به على غيره ولا يحرم الذهاب إلى خلافه، فأما إجماعهم من طريق النقل أو ما فى معناه: فإنه ينقسم إلى نقل قول ونقل فعل ونقل إقرار ونقل ترك وعليه بنى أصحابنا الكلام فى كثير من مسائلهم واحتجوا به على مخالفهم وتركوا له أخبار الآحاد والمقاييس وهو مثل نقل الأذان والإقامة وتقديم الأذان للفجر قبل وقتها والصاع والمد وترك أخذ الزكاة من الخضروات وإثبات الأحباس

(١) أخرجه البخارى فى فضل الصلاة فى مسجد مكة والمدينة (٣/٧٦) ح (١١٨٩)، ومسلم فى الحج (٢/١٠١٤) ح (٥١١/١٣٩٧).

(٢) أخرجه البخارى فى فضل الصلاة فى مسجد مكة والمدينة (٣/٧٦) ح (١١٩٠)، ومسلم فى الحج (٢/١٠١٣) ح (٥٠٩/١٣٩٥).

والوقوف وغير ذلك ودليلنا على كونه حجة: اتصال نقله على الشرط المراعى فى التواتر من تساوى أطرافه وامتناع الكذب والتواطء والتواصل والتشاعر على ناقليه وهذه صفة ما يحج نقله[١]، ولا معتبر[٢] لقولهم إنه لم يثبت هذه الصفة لنقلهم لأن الذين نقلوا ذلك هم الذين نقلوا موضع قبره ومنبره ﷺ وهم أهل المدينة قرنًا بعد قرن وخلفًا عن سلف ولدًا عن والد وآخر عن أول، وكذلك قال مالك رحمه الله لما احتاج لإثبات الوقوف فقال: هذه صدقات رسول الله ﷺ وأحباسه مشهورة عندنا بالمدينة معروفة، ولمسائلها رجع أبو يوسف إلى القول بأن مقدار الصاع ما يقوله أصحابنا وترك مذهب أبى حنيفة لما رأى[٣] من تواتر النقل وتناصره من الخلف عن السلف، وإذا ثبت ذلك صح ما قلنا، ومن ذهب إلى أن إجماعهم[٤] من طريق الاستنباط والاجتهاد حجة احتج بأن لأهلها من المزية بمشاهدة خطاب رسول الله ﷺ وسماع كلامه والمعرفة بأسباب خطابه وألفاظه ومخارج أقواله ما ليس لغيرهم ممن نأى وبَعُدَ عنه، وقد ثبت أن من حملت له هذه المزية كان أعرف بطرق الاستنباط ووجوه الاجتهاد والاستخراج فكانوا حجة بما يجتهدون فيه، ولأن السنن والأحكام منها ابتدأت وعنها انتشرت إلى غيرها من الآفاق: فإذا وجدناهم مجمعين على ما لم يتبين نقله ولا اشتهر أنه توقيف حملوا فيه على أنهم عرفوا منه ما لم يعرف غيرهم لأنه ليس إلا ذلك، والقول بأنهم غيروا أو ما عرفوا [. . . . .][٥] ما علموه وذلك ممتنع مع عدالتهم ونزاهتم ووجه القول بأنه ليس بحجة وهو الذى كان يقول شيخنا أبو بكر [الأبهرى][٦] وكافة البغداديين من أصحابنا إلا اليسير منهم [لأنهم بشر يخطىء ويصيب والعصمة][٧] تثبت لجميع الأمة دون بعضها فلا يؤمن معهم، وقد وقع الخطأ فى بعض ما اجتهدوا فيه وهذا زيادة منهم على [. . . .][٨] التبديل والتغيير.

---

(١) ثبت فى (ب) فعله.

(٢) ثبت فى (أ) معتد.

(٣) لما رأى: سقطت من (أ).

(٤) ثبت فى (ب) ابتاعهم.

(٥) طمس فى (أ)، (ب).

(٦) طمس فى (أ، ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٧) طمس فى (أ، ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٨) طمس فى (أ، ب).

فصل

إذا ثبت أنه ليس بحجة ولا تحرم مخالفته وهو أولى من اجتهاد غيرهم إذا اقترن بأحد الخبرين المعارضين رجح به على ما عرى عنه، ودليلنا أن الترجيح مطلوب به قوة [بحيث يكون القول الذى][١] يقارنه أقرب إلى الحق وأولى بالصواب، وذلك لأن لأهل المدينة بما ذكرناه من مزية المعاينة والرجحان بالمشاهدة والمعرفة بمخارج الكلام [وسبب][٢] الأحكام ما ليس لغيرهم من راجع إلى نقل فكان اجتهادهم أولى لأن سببه الذى بنى عليه أقوى، ولقوله ﷺ: «إن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها»[٣] وذلك يفيد أن اجتهادهم إلى الصواب أقرب وعن الخطأ أبعد، وبذلك احتج من رجح اجتهاد عمر رضى الله عنه على اجتهاد غيره قوله ﷺ «إن الحق ينطق على لسان عمر وقلبه»[٤]، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يتوقفون عن الفتيا فى الحادثة إذا نزلت بهم وهم غائبون عن المدينة ويؤخرون ذلك إلى وقت عودهم إليها وروى عن ابن مسعود وابن عمر وأشار به عبد الرحمن على عمر[٥]، وذلك لأن اعتقادهم أن الاجتهاد بها أقوى، وأن النفوس بها أشرح والصدور بها أرحب وأفصح والتبين والتبصر بها أبهج وأوضح، وقد صرح بذلك عبد الرحمن بن عوف فى قوله لعمر بن الخطاب: أمهل يا أمير المؤمنين لتقدم دار الهجرة وبها الصحابة، وهذا واضح فيما قلناه بحمد الله.

فصل

إذا روى خبر من أخبار الآحاد فى مقابلة عملهم المتصل وجب إطراحه والمصير إلى عملهم لأن هذا العمل طريقه طريق النقل المتواتر فكان إذن أولى من أخبار الآحاد[٦]. وذلك مثل ما ذكرناه فى نقل الأذان، ووجوب المعاقلة بين الرجل والمرأة، وتقديم الأذان على الفجر وما فى معناه، وحمل ذلك على [غلط][٧] راويه أو نسخه أو غير ذلك مما

(١) طمس فى (ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٢) طمس فى (أ، ب) ولعل الصحيح ما أثبتناه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه الترمذى فى المناقب (٥/٦١٧) ح (٣٦٨٢) وقال: حديث حسن غريب من هذا الوجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ثبت فى (أ) الأخبار.

(٧) طمس فى (أ، ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

يجب إطراحه لأجله، وليس هذا من القول بأنا لا نقبل الخبر حتى يصحبه العمل فى شىء لأنه لو ورد خبر فى حادثة[١] لا نقل لأهل المدينة فيه لقبلناه وإن كنا نطرحه إذا عاد برفع النص، وهذا مذهب السلف وأكابر التابعين مثل سعيد بن المسيب إذ أنكر على ربيعة معارضته إياه فى المعاقلة وأبى الزناد[٢] وأبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وغيرهم، وقد ذكرناه فى المواضع وقد استوفيناه فيها.

فصل

إذا اختلف العلماء وتنازعوا فى حكم ما: فالواجب الرجوع إلى النظر والاجتهاد فى طلب الحكم من الأدلة التى هى مظانه[٣] ومواضع طلبه وهى: الكتاب والسنة والإجماع والقياس والعمل[٤] واعتقاد ما يؤدى صحيح النظر فى ذلك إليه ويقف[٥] المجتهد عليه ولا يفتقدون الحق فى أقاويل المختلفين فى قول فلان دون قول غيره، ولا فى مذهب دون ما سواه من [المذاهب][٦] إلا أن يكون الدليل قد قام عنده على صحته وعين له الحق به، فإن قيل أتراكم تعتقدون مذهب مالك بن أنس رحمه الله وتختارونه[٧] دون غيره من مذاهب المخالفين وتخبرون عن صوابه وتأمرون المبتدئ بدرسه فخبرونا عن موجب ذلك عندكم أهو تقليدكم له وإنكم صرتم إليه لأنه قاله أو لأن الدليل عندكم قام عليه، قيل له: قد فرغنا من الجواب عن هذه المطالبة فى العقد الذى عقدناه وجملته: أنَّا لم نصر إلى قوله إلا وقد علمنا صحته وعرفنا صحة الأصول التى بنى عليها واعتمد فى اجتهاده على الرجوع إليها فلما عرفنا ذلك من مذهبه عقدناه وحكمنا بصوابه، إن قيل: فهذا حجتكم فيما تعتقدونه فى نفوسكم فما حجتكم فى إرشادكم على المبتدئ الذى لم يعرف من حاله ما عرفتم منه[٨] وتعويلكم به عليه وترجيحكم له فى الجملة على غيره، قيل له: فأما إرشادنا المبتدئ إليه وأمرنا إياه بدرسه واعتقاده فلأنه

(١) فى حادثة: سقطت من (ب).

(٢) ثبت فى (أ) أبى الزياد.

(٣) ثبت فى (ب) مكانه.

(٤) ثبت فى (ب) والعبرة.

(٥) ثبت فى (أ) وينفذ.

(٦) طمس فى (أ،ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٧) ثبت فى (ب) وتنتحلونه.

(٨) ثبت فى (ب) إليه.

استرشدنا إلى الصواب الذى يجب أن يعتقد وقد عرفنا أن ذلك هو الصواب فلذلك أرشدناه إليه، وأما ترجيحنا إياه على غيره من المذاهب فلقوله ﷺ: «يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل فى طلب العلم فلا يجدوا من عالم أعلم من بالمدينة»(١) فالدلالة فى هذا من موضعين: إحداهما إخباره بأن من ينطبق عليه هذا الاسم أعلم أهل وقته ولم نجد هذا [فى غيره](٢) ولا موصوفًا به سواه، حتى إذا قيل هذا قول عالم المدينة وإمام دار الهجرة عقل من ذلك أنه المراد به فاكتفى به عن أن يقال: إنه مالك بن أنس [ولم يؤد](٣) سمعه إلى استفهام عليه، ولا يعرض له توقف فيه للعرف الذى فى الغالب قصره عليه وانتفاء الشركة عنه فيه كما إذا قيل هذا قول الشافعى أنه أراد بذلك قول محمد بن إدريس دون غيره [. . . . .](٤) .

* * *

[انتهى كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة

وصلى الله على سيدنا محمد]

* * *

---

(١) أخرجه الترمذى فى العلم (٥/٤٧) ح (٢٦٨٠) وقال: حديث حسن، وأحمد فى المسند (٢/ ٤٠٠) ح (٧٩٩٩)، والبيهقى فى الكبرى (١/٥٦٧) ح (١٨١٠)، والحاكم فى المستدرك (١/٩١).

(٢) طمس فى (أ)، (ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) طمس فى (أ،ب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) طمس فى الأصل بمقدار ثلاثة أسطر.

الفهرس

الموضـــــــوع	الصفحة

الموضـــــــوع	الصفحة

الموضـــــــــوع	الصفحة

الموضـــــــــــوع | الصفحة

* * *

